

أثر الغش في التزام المصرف مُصَدر خطاب الضمان

The Impact of Fraud on the Commitment of the Issuing Bank of the Letter of Guarantee

إعداد

الطالب طلال علي سليمان الشوبكي

إشراف

الاستاذ الدكتور جمال الدين عبدالله مكناس

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

أيار / 2015

ب

تفويض

أنا الطالب **طلال علي الشوبكي** ، أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً والكترونياً للمنظمات أو الهيئات أو المؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية وعند طلبها .

الاسم :-........طلال علي سليمان الشوبكي

التاريخ :-........٢٠/٥/٢٠١٥م

التوقيع :-............................

ج

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها " أثر الغش في التزام المصرف مُصَدر خطاب الضمان " وأجيزت بتاريخ 2015/5/30 م

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
أ. د. جمال الدين مكناس	مشرفاً	....
د. محمد أبو الهيجاء	رئيساً	....
د. أنيس منصور	ممتحناً خارجياً	....

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين .

قال عمر بن عبدالعزير " كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحب العلماء ، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

فبعد أن منّ الله علي بإتمام هذه الدراسة ، لابد وأنا أخطو خطوتي الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة أعود خلالها إلى عامين قضيتهم في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد...

وقبل أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة...

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة...

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.......

وأتقدم بخالص الشكر

إلى من علمني التفاؤل والمضي إلى الأمام، إلى من رعاني وحافظ علي، إلى من وقف إلى جانبي عندما ضللت الطريق ، وقدم لي المساعدة والتسهيلات والأفكار والمعلومات، ربما دون أن يشعر بدوره بذلك فله مني كل الشكر،

الأستاذ الدكتور جمال الدين عبدالله مكناس

والذي أقول له بشراك في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"إن الحوت في البحر ، والطير في السماء ، ليصلون على معلم الناس الخير "

الباحث : طلال علي الشوبكي

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

{ وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون }

الحمد لله ذي المن والفضل والإحسان ، حمداً يليق بجلاله وعظمته ، وصلَ اللهم على خاتم الرسل ، من لا نبي بعده ، لله الشكر أولاً وأخيراً ، على حسن توفيقه ، وكريم عونه ، بعد أن يسر العسير ، وذلل الصعب ، وفرَج الهم .

قال تعالى { أن أشكر لي ولوالديك إلي المصير }

فمن شكر الله ولم يشكر والديه لم يقبل الله شكره ، إهدي عملي هذا إلى من أمرني الله بالصلاة عليهما والاستغفار لهما ، وجعل من الكبائر عقوقهما .

قال تعالى { واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا }

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب ... وكلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم .... والدي الغالي

قال تعالى { حملته أمه وهناً على وهن وفصاله في عامين }

إلى من بها أكبر وعليها اعتمد .... إلى من دعائها سر نجاحي

وحنانها بلسم جراحي .... والدتي الغالية

إلى القلوب الطاهرة والأنفس الشامخة ... وسندي بعد الله عز وجل .... إلى أخوتي

{ ربِ اجعلني مُقيم الصلاة ومن ذريتي ربَنا وتقبل دعاء }

الباحث

فهرس المحتويات

أثر الغش في التزام المصرف مُصَدر خطاب الضمان

إعداد الطالب

طلال علي سليمان الشوبكي

إشراف الاستاذ الدكتور

جمال الدين عبدالله مكناس

الملخص باللغة العربية

لخطابات الضمان دور مهم في المعاملات التجارية ، بوصفه أحد أهم أدوات الثقة المصرفية ، وكان من البديهي أن يؤسس التزام المصرف فيه على مبدأ الاستقلالية ، لكونه أحد الركائز التي تجسد الثقة في الخطاب ، وتصون سمعته باعتباره من أهم الضمانات المتداولة .

وكون التشريع الأردني قد خلا من تنظيم خطاب الضمان من ضمن أحكامه القانونية ، وبالضرورة عدم بيان المشرع الأردني الأثر المترتب على غش المستفيد في الخطاب .

هدفت هذه الدراسة إلى بيان أثر الغش في التزام المصرف مُصَدر خطاب الضمان ، في ظل التشريعات والقضاء والفقه المقارن ، وقد أظهرت الدراسة أن استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان يتراجع أمام الغش تأسيساً على قاعدة الغش يفسد كل شيء ، الأمر الذي يمكن القول معه بأن الغش يشكل استثناءً على مبدأ الاستقلال في الخطاب ، غير أنه لاعتبارات العدالة توجب عدم المغالاة في تطبيق هذا المبدأ .

كما توصلت الدراسة إلى أن الوسيلة القضائية التي يمكن للآمر استخدامها لكي يحمي نفسه من غش المستفيد في الخطاب هي باللجوء إلى القضاء المستعجل للحصول على قرار قضائي مؤقت بمنع المصرف من الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد .

الكلمات المفتاحية: خطاب الضمان ، عقد الأساس ، عقد الاعتماد بالضمان ، العميل ، المستفيد، المصرف الضامن ، الغش .

Abstract

The Impact of Fraud on the Commitment of the Issuing Bank of the Letter of Guarantee

Prepared

Talal Ali Suleiman Al-Shoubaki

Supervised

Prof. Dr. Jamal al-dean Meknas

Letters of guarantee to play an important role in commercial transactions ،as one of the most important tools of bank credit ،it was obvious that based on the bank 's commitment to the principle of independence ،for being one of the pillars that reflect confidence in the speech ،and maintain his reputation as one of the most important traded guarantees .

The fact that the Jordanian legislation may devoid of organizing the letter of guarantee from within the legal provisions ،and not necessarily a statement Jordanian legislator impact of the fraud beneficiary in the speech impact.

This study aimed to demonstrate the impact of fraud in the commitment of the bank source of the letter of guarantee ،under the legislation ،the judiciary and Comparative Jurisprudence ،the study showed that the independence of the commitment of the bank in the letter of guarantee back down in front of fraud Based on cheating base spoil everything ،which can be argued with him that cheating is a an exception to the principle of independence in the speech ،however ، considerations of justice had to be not to over-application of this principle

The study also found that the judicial means which can be used for the command in order to protect himself from fraud beneficiary in the speech are resorting to urgent justice for a temporary court order to prevent the bank to meet the value of the speech to the beneficiary.

Keywords: letter of guarantee ،contract basis ،contract security accreditation ،the client ،the beneficiary ،the guarantor bank fraud.

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

تمهيد

التأمين النقدي في التجارة وإن كان يحقق مزايا كبيرة للدائنين وذلك بوضع مبالغ مالية بين أيديهم ، إلا أن ذلك يؤدي إلى إضعاف القدرة المالية للمدين بسبب تجميد أموال ، يكون في حاجة ماسة إليها للإنفاق على المشروع الذي يتعهد بتنفيذه [1]، وأمام الصعوبات التي أنتجها التأمين النقدي لجأ الدائنون إلى إدخال طرف ثالث لضمان المدين وهو ما جرى تسميتها بالكفالة .

إلا ان الكفالة وإن كانت قد ساهمت وبشكل كبير في مجال الضمانات الشخصية إلا انها أصبحت تشكل عائق أمام الدائنين ، وكان القضاء يحمي الكفيل على حساب الدائن بوصف الكفيل شخصاً متبرعاً جديراً بالرعاية وتدخل على سبيل الاستثناء[2]، خاصة بأن التزام الكفيل يكون وبمبدأ عام تابع لإلتزام المدين الأصلي وبالتالي يُواجه الدائن بالعديد من الدفوع التي يحق للمدين مواجهته بها ، الأمر الذي جعل الدائن يجد صعوبة في الحصول على مبلغ الكفالة مما يضطره إلى اللجوء للقضاء [3].

ونتيجة لما تقدم وبالإضافة إلى الحاجات ومعطيات المعاملات التجارية التي أفرزتها التجارة الدولية وتأثيرها على وسائل الضمان التقليدية التي نتج عنها كثير من الصعوبات والمعيقات مما أدى الى عدم تحصيل النتائج والأهداف التي وجدت من أجلها وعجزها عن مسايرة التطور الذي

---

(1) فهيم ، تامر ريمون ، ضمانات الائتمان المصرفي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012 ، ص 293 .

(2) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000، ص15 .

(3) لم يأخذ المشرع الأردني بقاعدة التجريد والتي تعني حق الكفيل الذي يطالبه الدائن بأداء الدين ، في إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أولاً ، وهو الأمر الذي سيتطرق إليه الباحث عند التمييز بين خطاب الضمان والكفالة في المبحث الثاني .

فرضته التجارة الدولية ، ابتكر العرف المصرفي ما يسمى بالضمانات البنكية المستقلة أو ما يطلق عليه أسم خطاب الضمان المستقل (1) .

وكان لتزايد أهمية الائتمان في العصر الحديث واتساع نطاقه أن أدى الى الإقبال المتزايد على خطاب الضمان ، كأن تطلب الجهة الحكومية المتعاقدة من المقاولين أو الموردين بتقديم تأمين نقدي ضماناً لتنفيذ التزاماتهم التعاقدية ، وتأمين هذه الضمانات على شكل تأمينات نقدية هو أمر مرهق كون هذه المبالغ سيتم تجميدها من قبل المقاول أو المورد والذي هو في أمس الحاجة إليها للإنفاق على مشروعه الذي تعهد بتنفيذه ، مما يدعوه إلى أن يتقدم للمصرف طالباً منه إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد(2).

وتعد مرحلة وضع خطاب الضمان موضع التنفيذ أكثر المراحل إثارة للجدل سواء على المستوى الفقهي أو القضائي ، وقد أكد القضاء في العديد من أحكامه على استقلال خطاب الضمان على نحو يمتنع على البنك الذي أصدره الامتناع عن الوفاء للمستفيد ولا يستطيع التمسك بالدفوع المخصصة للآمر " المدين " الناشئة عن علاقته بالمستفيد (3)

وخطاب الضمان باعتباره وسيلة تأمين للمستفيد من مخاطر تنفيذ عقد الأساس ، والمصرف ملزم بالوفاء بتعهده في الخطاب ودفع قيمة الخطاب فوراً للمستفيد لدى أول مطالبة ، دون التفات المصرف لأية معارضة من قبل الآمر أو التمسك بأي دفع مستمد من عقد الأساس ، تطبيقاً لمبدأ

---

(1) بهذا المعنى أنظر علي جمال االدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 11 .

(2) فهيم ، تامر ريمون ، ضمانات الائتمان المصرفي ، مرجع سابق ، ص 293 .

(3) انظر حكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ 1982/12/20 مشار إليه في شحاته ، حياة ، مرجع سالف الذكر ، وكذلك حكم محكمة الاستئناف الانجليزي في حكمها الصادر بتاريخ 1983/12/9 والمشار إليه في الكيلاني ، محمود ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2014 . وكذلك حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ 1963/2/19 والذي جاء فيه بأنه " لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد " .

استقلال التزام البنك في الخطاب عن عقد الأساس ، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل – استقلال التزام البنك – رفض المصرف طلب الوفاء لوجود غش .

والغش ظاهرة ترتبط بخطاب الضمان نفسه وإستقلاله عن عقد الأساس ، فخطاب الضمان يدفع بمجرد توافر شروط وفائه ودون المنازعة بدفوع مستمدة من عقد الأساس ، ولا يستثنى من هذا الاستقلال بين خطاب الضمان وعقد الأساس إلا حالة الغش والتي تستبعد استقلال العلاقات بحيث تجيز النظر في كل منها وتسمح بالنظر إلى عقد الأساس لمعرفة ما إذا كان للمستفيد حق منه ، ويتمسك عليه بالدفوع المستمدة منه .

وهذا استثناء للأصل وهو استقلال العلاقات الذي يمنع النظر في أية علاقة خارجة عن خطاب الضمان [(1)]، فيكون للعميل (الآمر) أن يقاضي المستفيد لاسترداده ما حصله دون وجه حق ، لأن القاعدة في الضمان هي أن " الدفع أولاً والمقاضاة فيما بعد "[(2)] ، وقد أوردت بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بخطابات الضمان المصرفية حالات يمنع فيها من تنفيذ خطاب الضمان مثلما فعلت إتفاقية الأمم المتحدة (الأونسترال) بشأن الضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة في المادة (19) منها بذكرها لعدد من الحالات التي يمنع فيها تنفيذ الضمان .

[(1)] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 352 .

[(2)] المرجع سالف الذكر ، ص 349 .

أولاً : مشكلة الدراسة :-

من خلال ما تقدم يتضح بأن خطاب الضمان من أحدى الضمانات المصرفية ، ويتميز بأنه مستقل بذاته عن عقد الأساس وعدم جواز التمسك بالدفوع المستمدة منه ، الأمر الذي يثير إشكالية مدى يمكن اعتباره بديلاً عن الضمانات التقليدية ، ومدى تلائم هذا النوع من الضمانات المصرفية ومباديء التعاقد المنصوص عليها في القواعد العامة التي تتميز بالاستقرار وعدم التجديد المستمر، الأمر الذي يجعلها في العديد من الأحيان عاجزة عن مواكبة التطور السريع الحاصل في مجال التجارة .

وباعتبار خطاب الضمان يدفع بمجرد توافر شروط وفائه ، دون إمكانية المنازعة بأي دفع مستمد من عقد الأساس ، الأمر الذي يثير إشكالية حدوث غش في الخطاب ، فهل يؤدي وجود الغش استبعاد إستقلال العلاقات في الخطاب ودمجها ببعض ، بحيث تجيز النظر في كل منها ، مما يمكن النظر في عقد الأساس لمعرفة فيما إذا كان للمستفيد حق منه .

ثانياً : هدف الدراسة وأسئلتها :-

تهدف هذه الدراسة إلى :

1- بيان تراجع مبدأ استقلال العلاقات في خطاب الضمان المصرفي في حالة ثبوت الغش .
2- بيان ماهية ونطاق الغش المانع من الوفاء .
3- بيان الحالات التي يخرج منها البحث بالغش ، وذلك في حالة ان يكون رفض تنفيذ الخطاب يعود لأسباب موضوعية في الضمان ذاته .
4- عرض موقف القضاء والقواعد الدولية من الغش المانع من الوفاء في خطاب الضمان والتعليق عليها .
5-التمكن من الإستفادة من القوانين المقارنة لسد الثغرات الموجودة بقانون التجارة الأردني .

6-إعطاء إجابات للمتعاملين والباحثين في أسباب الوفاء في خطاب الضمان .

وذلك من خلال الإجابة عن الأسئلة التالية :-

1. ما الذي يميز خطاب الضمان عن غيره من العقود المشابهة ؟
2. ما مدى تلائم خطاب الضمان المصرفي ومبادئ التعاقد المنصوص عليها في القواعد العامة ؟
3. هل طلب المصرف إبطال خطاب الضمان لسبب محق ينفي استقلاله ؟
4. ما هو الغش المفسد للرضا في العقد ؟
5. هل ارتكاب الغش في خطاب الضمان يشترط حصراً أن يكون صادر من المستفيد للقول بإمكانية وجود غش وترتب نتائجه وآثاره القانونية فيما يخص تعطيل تنفيذ خطاب الضمان أم يكفي أن يقترن تنفيذ خطاب الضمان بغش دون البحث عن مصدره أو صفة مرتكبه ؟
6. ما أثر غش المستفيد في طلبه الوفاء بقيمة الضمان على البنك الضامن (الأجنبي) إذا كان يعلم بغش المستفيد أو توافرت لديه من الظروف التي تفرض حتماً علمه بغش المستفيد ؟
7. هل يمتنع المصرف الضامن من تنفيذ خطاب الضمان من تلقاء نفسه أو بمجرد إشعار صادر من الآمر يفيد بوجود حالة غش مرتكب من طرف المستفيد ؟
8. هل يحتفظ المصرف الضامن بحقه في الرجوع على المستفيد متى قام بالدفع له دون تحفظ رغم أسبقية ارتكاب المستفيد غش في تنفيذ التزامه أم أن البنك يفقد حقه بالرجوع عليه استناداً إلى طبيعة التزامه الذي يجعله مستقلا عن التزامات الأطراف ؟

ثالثاً : أهمية الدراسة :-

تستمد هذه الدراسة أهميتها من خلال إثراء الأدب النظري الخاص بخطابات الضمان المصرفية وتكمن أهمية الدراسة في النقاط الآتية :-

1. يعد الضمان المصرفي من أهم أعمال البنوك الائتمانية التي تمارسها بكثرة ويحتاج إليها التجار وأصحاب الشركات كثيراً .

2. إن هذا النوع من عمليات المصارف لم يحظ لحد الآن بتنظيم تشريعي مستقل في العديد من التشريعات كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الأردني .
3. جدة الموضوع حيث لم يقف الباحث على دراسة تناولت الغش في خطاب الضمان المصرفي ، مع وجود عدد من الابحاث التي تناولت خطاب الضمان المصرفي بشكل شبه عام .
4. ما تقدمه الدراسة من فائدة للعاملين في المجال المصرفي وللشركات الأردنية في مجال تعاملها مع الشركات الأجنبية وما يعترض هذه العلاقة من مشاكل قضائية تدخل بخطابات الضمان .

رابعاً : مصطلحات الدراسة :-

- اشتملت الدراسة على عدد من المصطلحات التي لا بد من تحديد المقصود منها وبيان ماهيتها والتي تم تعريفها على النحو الآتي :

1. خطاب الضمان المصرفي : " هو تعهد كتابي صادر عن أحد البنوك بدفع مبلغ محدد أو قابل للتحديد بمجرد طلب المستفيد الذي يعينه العميل خلال مدة معينة رغم أية معارضة " [1].

2. عقد الأساس : " هو العقد الي يتم بين العميل (الآمر بالضمان) والمستفيد من الضمان ، وقد يكون موضوعه مزايده أو مناقصة أو مقاولة أو أي عقد آخر ، ومنه ينشأ على العميل (أي عميل البنك) الالتزام بتقديم الضمان ، وقد تكون هذه العلاقة غير تعاقدية " [2].

3. عقد الاعتماد بالضمان : " هو الذي يتم بين العميل والمصرف ، وبه يطلب العميل إصدار خطاب بصيغة معينة إلى المستفيد منه ، وقد يلتزم بتقديم تأمين وعمولة للبنك ويتعهد بتعويضه عن الضمان إذا دفع البنك قيمته إلى المستفيد" [3].

---

[1] صالح ، عبدالرزاق محسن ، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية ، مكتبة صباح ، العراق ، بغداد ، 2014 ، ص 7 .

[2] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق، ص 43 .

[3] المرجع السالف الذكر ، ص 43 .

4. العميل (الآمر) : " هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يطلب من المصرف إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد "[1].

5. المستفيد : "هو الذي يصدر خطاب الضمان لصالحه ، وهو الطرف في عقد الأساس المبرم مع الآمر ، ويبقى المستفيد غريباً عن خطاب الضمان حتى يقبله صراحة أو ضمناً ما لم يرفضه "[2].

6. البنك الضامن : " هو البنك الذي يصدر خطاب الضمان لصالح المستفيد ويرسله بناء على طلب العميل ، ويتعهد شخصياً بطلب العميل بدفع المبلغ المحدد فيه للمستفيد بالشروط الواردة فيه من تاريخ إصداره ما لم يرفض من المستفيد "[3].

7. الغش : " هو انعدام الأساس القانوني للمطالبة بجانب تزوير المستندات" [4].

خامساً : حدود الدراسة : -

تم إجراء هذه الدراسة ضمن الحدود الآتية : -

_حد مكاني : - إن الموطن الرئيس لهذه الدراسة هو نصوص قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966م وتعديلاته مقارنة مع قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م ، وكذلك قوانين التجارة في البلاد العربية والاجنبية .

_حد زماني :- هذه الدراسة ستقتصر على دراسة خطاب الضمان المصرفي وتطور فكرة الغش المانع من الوفاء ، و المدة الزمنية التي ستستغرق لإنجاز هذه الدراسة ، هي الفترة الممتدة خلال السنة الدراسية لعام 2015/2014 .

---

(1) صالح ، عبدالرزاق محسن ، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية ، مرجع سابق ، ص9 .

(2) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق، ص 43 .

(3) المرجع سالف الذكر ، ص 44 .

(4) خليل ، فكتور خليل ، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لأتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995 ، أطروحة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، 2004 ، ص 435 .

سادساً : محددات الدراسة :-

يتحدد تعميم نتائج هذه الدراسة بدلالات صدق وثبات القواعد القانونية والإجتهادات الفقهية والقضائية والقواعد الدولية المتعلقة بخطاب الضمان المصرفي .

سابعاً : الدراسات السابقة :-

1. أبو صفية ، باسم محمد (2003). الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان (رسالة ماجستير). جامعة عمان العربية للدراسات العليا . عمان . الأردن .

تناول الباحث في دراسته بحث الغش كاستثناء على مبدأ استقلال البنك في خطاب الضمان المصرفي ، حيث ناقش مظاهر استقلال البنك في خطاب الضمان والاثر المترتب على وجود غش من جانب المستفيد .

2. ابو صد ، عماد أحمد عيسى (1995).أحكام خطابات الضمان المصرفية (رسالة ماجستير). الجامعة الأردنية. عمان.الأردن.

تناول الباحث في دراسته موضوع خطابات الضمان المصرفية وانواعها واحكامها والعلاقات التي تنشأ عن خطاب الضمان المصرفي والالتزامات التعاقدية على هذه الأطراف ، كما تناول انقضاء خطاب الضمان .

3. نجاة، بضراني (1987).الائتمان المصرفي بطريق التوقيع (الاعتماد بالقبول ، الكفالة المصرفية ، خطابات الضمان) (رسالة دكتوراه). جامعة القاهرة. القاهرة . مصر .

تناول الباحث في دراسته موضوع خطابات الضمان المصرفية وخصائصه التي تميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له ، كما تناول الباحث النتائج المترتبة على أستقلال البنك في خطاب الضمان المصرفي .

أما دراستي:
ستكون دراسة تتناول التزام البنك الضامن في خطاب الضمان ، ومدى أهمية مبدأ استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس وعقد الاعتماد بالضمان ، كما ستتناول دراستي الغش كمانع من تنفيذ خطاب الضمان والأثر المترتب عليه وهذا كله في نطاق القوانين المقارنة (القانون المصري – الاماراتي – الكويتي – الفرنسي – الامريكي) والقضاء والقواعد الدولية .

ثامناً– منهجية الدراسة:

ستعتمد هذه الدراسة على أسلوب البحث الوصفي المقارن ، وذلك من خلال عرض النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة وتحليلها ومقارنتها ببعضها البعض، وإبداء الرأي الشخصي كلما كان الأمر ضرورياً، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني والاجتهادات القضائية.

الفصل الثاني

مفهوم خطاب الضمان

تمهيد

يُعد خطاب الضمان من أهم صور الإعتماد (الإئتمان) المصرفي ، ويقوم بوظيفة هامة في الحياة الإقتصادية وخاصة في مجال تنفيذ المشاريع [1] ، وقد أوجدها العرف التجاري الدولي بغية تلبية حاجات التجارة والذي أوجد لها نظام قانوني مستقل يتمتع من الخصائص والسمات المميزة لها ، وعلى الرغم من أن خطاب الضمان قد وجد طريقه إلى داخل الانظمة القانونية للبلدان إلا أنه بسبب تعدد الضمانات وزيادة الإقبال على خطاب الضمان لما يمتاز به من خصائص ومميزات أدى بالبعض إلى الخلط فيما بين خطاب الضمان المصرفي كنظام قانوني مستقل وبين غيره من الأنظمة القانونية ، يضاف إلى ذلك عدم تنظيم خطاب الضمان المصرفي في بعض القوانين كقانون التجارة الأردني بشكل مستقل يظهر فيه سماته وخصائصه وأحكامه .

الأمر الذي يفرض معه قيام الباحث بتناول مفهوم خطاب الضمان من خلال دراسة التعريف بخطاب الضمان وبيان صوره (مبحث أول) ومن ثم بيان خصائصه والتمييز بينه وبين بعض النظم القانونية المشابهة له وهي الكفالة والاعتماد المستندي (مبحث ثاني) .

---

(1) الجبر ، ، محمد حسن ، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ، 1984 ، بدون دار نشر ، ص 321 .

المبحث الأول

التعريف بخطاب الضمان

لم يعرف قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 خطاب الضمان المصرفي وإنما أتى على ذكر الكفالة ، وذكر المشرع في المادة (1/2) من ذات القانون أنه في المسائل التي لم ينظمها القانون يحال بشأن بيان وتطبيق أحكامها الى القانون المدني ، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجد أن المشرع عالج الكفالة العادية والتي تختلف باحكامها وآثارها وخصائصها عن خطاب الضمان وذلك في المواد (من 950 إلى 992) .

ولعل السبب في ذلك يعود لحداثة نشأة خطاب الضمان إلا أنه ليس مبرر يستند إليه لما تشهده المعاملات التجارية من تطور أدى الى تزايد الحاجة لخطاب الضمان في كثير من المعاملات الأمر الذي كان يستوجب على المشرع الأردني تنظيمه وبيان أحكامه بشكل مستقل .

مع تحفظ البعض[1] من الفقه بما يتعلق بمسألة تطبيق القواعد العامة في القانون المدني على خطاب الضمان ، وعلل البعض منهم رأيه بقوله : " صحيح العمليات البنكية هي إحدى المجالات الرئيسية للقانون التجاري ، إلا أن هذا الفرع القانوني لم يعد ملتصقاً بالأصل ، أي القانون المدني ، كما الحال في فجر نشأته ، فتطور التجارة جعل لها نظمها وأساليبها التي اقتضتها ظروف هذا النشاط والتي لا ترتبط بالضرورة بالمبادئ والأصول التي يقوم عليها القانون المدني ".

[1] القصبي ، عصام الدين ، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية ، والمشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات ، اتحاد المصارف العربية ، بيروت ، لبنان بدون سنة نشر ، ص 80 .

والباحث بدوره لا يؤيد ما اتجه إليه هذا الجانب من الفقه ، كون قواعد القانون المدني كقواعد عامة تنظم العلاقات الخاصة (سواء بين الأفراد فيما بينهم أو بين الدول) ما لم يتناول تنظيم تلك العلاقة قانون آخر ، فالقانون المدني يعتبر المظلة التي ينطوي تحتها كافة فروع القانون الخاص .

كما بين المشرع في قانون التجارة الأردني[1] أنه عند عدم وجود نص قانوني يمكن تطبيقه من قبل القاضي عندئذ يتم الاسترشاد بالسوابق القضائية والفقه والأعراف التجارية التي تحكم ذلك العمل التجاري ، وبذلك أخذ القضاء الأردني في قرار محكمة التمييز الأردنية الذي جاء فيه : " إن خطاب الضمان الذي لم يرد عليه نص في قانون التجارة يجب أن تستنبط أحكامه بالاسترشاد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 .... "[2] .

ونتيجة لنشأة خطاب الضمان في ظل الأعراف التجارية والمصرفية الدولية ، فإنه لا يوجد تعريف موحد لخطاب الضمان في القوانين المقارنة والفقه ، إلا أنه وعلى الرغم من تعدد هذه التعريفات وإختلافها من حيث الصيغة إلا أن ذلك لا يعني وجود إختلاف فيما بينها من حيث مبادىء وخصائص خطاب الضمان ، وهو الأمر الذي سيقوم الباحث بأظهاره ببيان موقف المشرع والقضاء والفقه من هذه المسألة ، كما سيتطرق الباحث إلى أهم صور خطاب الضمان وذلك في مطلب لكل منهما وعلى النحو التالي :

---

(1) نصت المادة الثالثة من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 على أنه :
" إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري " .

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2002/1324) تاريخ 2002/7/1 ، منشورات مركز عدالة ، وكذلك قرارها رقم (2005/2500) تاريخ 2005/12/8 ، والذي جاء فيه : " لم يرد في قانون التجارة نص على خطاب الضمان ولم ينظم القانون أحكامه ولذا فأن أحكام خطاب الضمان يجب أن تستنبط أحكامه بالاسترشاد بالسوابق القضائية والاجتهادات الفقهية وبمقتضيات العدل والإنصاف ".

المطلب الأول

تعريف خطاب الضمان

سيتعرض الباحث إلى بيان مفهوم خطاب الضمان وذلك بتناول التعريفات في كل من التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية التي نظمت خطابات الضمان ، كما سيتناول الباحث تعريف خطاب الضمان في كل من القضاء والفقه التي كان لها دوراً مهماً في بيان مفهوم خطاب الضمان وإبراز خصائصه ، **وذلك على النحو التالي :**

الفرع الأول

تعريف خطاب الضمان على صعيد التشريعات الوطنية

قامت العديد من الدول بتنظيم قواعد وأحكام خاصة في خطاب الضمان لإدراكها أهميته في الحياة العملية ومجاراة التطور الحاصل في أعمال التجارة والمصارف ، رغبة منها في إيجاد قواعد قانونية واضحة تحكم خطابات الضمان تعزيزاً لمبدأ الثقة في الائتمان المصرفي ، وإزالة المعيقات التي تَحُد من السرعة التي تتطلبها المعاملات التجارية والوفاء بالتعهدات الناتجة عنها ، وسيتناول الباحث في هذا الفرع بعض التشريعات العربية التي قامت بتنظيم خطاب الضمان ضمن قواعد قانونية ، لما له من أهمية في إدراك مفهوم خطاب الضمان والإحاطة بسماته وذلك على النحو التالي :

أولاً : المشرع المصري :

كان أول ظهور للضمان في مصر تشريعياً عندما أصدر وزير المالية قرار رقم 452 لسنة 52 القانون رقم 436 لسنة 54 في لائحة المزايدات والمناقصات [1] . وقد قام المشرع المصري بتنظيم الأحكام الخاصة به بعد وضع مشروع القانون التجاري المصري لعام 1964 والتي تضمنت تنظيماً مفصلاً للقواعد التي تحكم علاقات أطراف خطابات الضمان المصرفي [2] .

وقد عرف هذا المشروع خطاب الضمان في المادة (301) بأنه " تعهد بات يصدر من المصرف بناء على طلب شخص يسمى (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك " [3] .

وبصدور قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 عرفت المادة 1/355 منه خطاب الضمان بأنه " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ودون اعتداد بأية معارضة " .

ثانياً : المشرع الإماراتي :

عرف قانون المعاملات التجاري الإماراتي خطاب الضمان في المادة 414 بأنه " تعهد يصدر من المصرف الضامن بناء على طلب عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط ، مالم يكن خطاب الضمان مشروطاً إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله ."

---

(1) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، 1991 ، ص 5 .

(2) الكيلاني ، محمود ، الجوانب القانونية في عمليات البنوك ، داراجيب للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 1992 ، ص 387 .

(3) أبو صد ، عماد أحمد عيسى ، أحكام خطابات الضمان المصرفية ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، 1995، ص 10.

ثالثاً : المشرع الكويتي :

أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة 382 من قانون التجارة الكويتي رقم (68) الصادر سنة 1980 ، على أن خطاب الضمان هو " تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص أخر (المستفيد)، دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله ."

رابعاً : المشرع العراقي :

عالج المشرع العراقي خطاب الضمان من خلال قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 ، حيث عرفت المادة (287) خطاب الضمان بأنه " تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله " .

خامساً : المشرع البحريني :

عرف المشرع البحريني خطاب الضمان في المادة (382) من قانون التجارة رقم (7) لسنة 1987 بأنه " تعهد يصدر من بنك بناءً على طلب عميله يسمى (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله " .

ويرى الباحث بان كافة التشريعات السابقة إتفقت على حصر تطبيق قواعد خطابات الضمان بصدورها من المصارف دون تلك الصادرة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتبارين الآخرين ، كما

يرى الباحث بأن المشرع الإماراتي في بيانه لمفهوم خطاب الضمان لم يقتصر على صورة واحدة من صور خطابات الضمان ، بل أعطى لأطراف العلاقة إمكانية الإتفاق على خلاف ذلك ، وبذلك يرى الباحث أن التعريف الذي أورده المشرع الإماراتي أفضل وذلك لشموله أنواع خطابات الضمان بان تكون مشروطة أو غير مشروطة .

الفرع الثاني

تعريف خطاب الضمان على الصعيد الدولي

نتيجة لتعدد العادات والأعراف التجارية التي تتناول خطاب الضمان ، اهتمت العديد من الاتفاقيات الدولية بإيجاد قواعد موحدة تنظم خطابات الضمان تلقى قبول من مختلف الدول ، وسيتناول الباحث أهم الاتفاقيات التي تناولت تنظيم خطاب الضمان وهي :

أولاً : لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسترال) [1] :

عرفت المادة (1/2) من اتفاقية الأونسترال 1995 خطاب الضمان بأنه (لأغراض هذه الاتفاقية ، يمثل التعهد التزاماً مستقلاً ، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن ، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل أو المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابل للتعيين ، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مشفوعة بمستندات أخرى ، حسب أحكام التعهد وأي من الشروط المستندية ، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب

---

(1) UNCITRAL هي اختصار لـ " UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW " أي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ، ولقد أنشأت الجمعية العامة لجنة سميت بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) في عام 1966 ، وذلك بهدف الحد من العوائق التي تواجه تدفق التجارة الدولية المتحدة ، وتسري أحكام هذه الاتفاقية متى كان الخطاب صادر من مصرف في دولة موقعة عليها ، أو إذا أدت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون تلك الدولة ، أو إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيق أحكام الاتفاقية .

تقصير في أداء التزام ما ، أو بسبب حدث طارئ آخر ، أو سداد لمال مقترض أو مستلف ، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل / الطالب أو شخص آخر) .

ثانياً : القواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة من الغرفة التجارية الدولية بباريس :

عرفت القواعد الموحدة لخطاب الضمان تحت الطلب الصادرة من الغرفة التجارية الدولية بباريس " كتيب رقم 458 في عام 1992" في المادة الثانية منها خطاب الضمان تحت الطلب بأنه " خطاب الضمان تحت الطلب (والذي يشار إليه فيما يلي بالضمان) يعني أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كانت مسماه أو بوصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو شركة أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد فيه كتابة بأن يدفع مبلغاً محدداً نقدياً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع وأي مستند آخر أو مستندات (على سبيل المثال شهادة صادرة من معماري أو مهندس أو حكم محكمة أو حكم تحكيم حسبما ورد في شروط الضمان) " [1].

وتجدر الإشارة هنا أن القواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة من الغرفة التجارية الدولية بباريس لم تتناول موضوع غش المستفيد في خطاب الضمان كما أنها لم تتناول مسألة التدابير القضائية التي يمكن اللجوء إليها لمواجهة هذا الغش .

---

(1) انظر النص باللغة العربية لدى علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب ، الملحق (1) ، ص 443.

الفرع الثالث

التعريف القضائي لخطاب الضمان

كان للقضاء دور بارز في إظهار مفهوم وأحكام خطاب الضمان ، كما أطلع – كالقضاء الأردني – في سد النقص الحاصل في التشريعات التي لم تتناول من ضمن أحكامها خطاب الضمان كوسيلة ائتمان مهمة ، وفي هذا الفرع سيتناول الباحث التعريف القضائي لمفهوم خطاب الضمان في القضاء الأردني والمصري وعلى النحو التالي :

أولاً : القضاء الأردني

سار القضاء في الأردن في بداية الأمر على هدي المشرع الأردني بعدم التفرقة بين خطاب الضمان والكفالة ، بل قام القضاء الأردني بالربط بين لفظي خطاب الضمان والكفالة المصرفية ويتضح ذلك من عدة قرارات منها قرار محكمة الاستئناف[1] الذي قالت فيه : " استقر العرف المصرفي والقضاء على شروط يجب توافرها في الكفالات المصرفية (خطابات الضمان) وهذه الشروط هي :

1. ان التزام البنك في الخطاب غير مرتبط بالتزام عميله المضمون .
2. ان يتمتع الخطاب بكفايته الذاتية بحيث لا يرتبط استحقاق الدين بعنصر خارجي .
3. ان يكون الدين الثابت به مستحقاً فور اصدار الخطاب ووصوله لعلم المستفيد .

اذا استوفى خطاب الضمان لشروطه كفاة فانه ليس هناك يبرر وقف تنفيذه حتى لو قدم البنك الضامن كفالة عطل وضرر مرفقة بطلب وقف التنفيذ ."

---

(1) قرار محكمة الاستئناف رقم 1992/482 (هيئة خماسية) تاريخ 1992/4/14 ، منشورات مركز عدالة .

أما في الوقت الحاضر فيلاحظ أن القضاء الأردني اتجه إلى الاعتراف وبشكل صريح بوجود خطاب الضمان المصرفي ، إذ أنه قام وفي عدة قرارات صادرة عن محكمة التمييز الأردنية بتعريف خطاب الضمان وأكد على الخصائص التي تميزه عن الكفالة العادية [(1)] .

ويتضح ذلك من قرارين أصدرتهما محكمة التمييز ، حيث عرفت بالقرار الأول [(2)] خطاب الضمان عندما قضت بأنه : " خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله إلى دائن هذا العميل وهو بدل التأمين النقدي وعلاقة البنك بالمستفيد يحكمها خطاب الضمان وحده ويكون التزام البنك هو الوفاء بالمبلغ الوارد في خطاب الضمان لضمان تنفيذ المدين بما التزم به إضافة إلى أن التزام البنك يكتمل بمجرد إصدار الخطاب ودخوله حيز التنفيذ وإن العبارات التي يدرجها البنك في الخطاب هي وحدها التي تحدد مضمون التزام البنك وشروطه دون أن يحتج بأي عيب أو دفع مستمد من علاقة أو سبب خارجي عنها باعتباره مستقل عن أي علاقة أخرى إضافة إلى أن إستقلال الضمان عن عقد الأساس هو القاعدة ".

وأكدت في قرار آخر لها على تعريفها [(3)] لخطاب الضمان وتمييزه عن الكفالة المصرفية بقولها: " خطاب الضمان المصرفي هو تعهد نهائي يصدره البنك بناءً على طلب من عميله بدفع مبلغ نقدي إلى المستفيد فور طلبه خلال مدة محددة وهو التزام منقطع الصلة بالتزام الآمر ذلك لأن خطاب الضمان ينشيء بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها من الناحية القانونية بالعلاقة بين البنك والآمر والمستفيد من خطاب الضمان . إن البنك في خطاب الضمان يلتزم بإرادته المنفردة وبشكل مجرد التزاماً مباشراً غير معلق على شرط ودون تحقق أي واقعة خارجة عن خطاب الضمان بدفع المبلغ المحدد به إلى المستفيد فور طلبه ذلك والتزامه ليس مرتبطاً بالتزام

---

(1) الكيلاني ، محمود ، الجوانب القانونية في عمليات البنوك دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص382.

(2) قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم 1776\1998 (هيئة خماسية) تاريخ 1999/3/18، منشورات مركز عدالة .

(3) قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم 1998/2077 (هيئة خماسية) تاريخ 1999/4/14 ، المجلة القضائية عدد رقم 4 ، ص 199 ، تاريخ 1999/1/1.

عميله ولا تابع له ولا يتوقف عليه أو على تحقق أي شرط أو عنصر خارج عنه ، لأن من أبرز خصائص خطابات الضمان المصرفية كونها مستقلة عن أصل العلاقة التي كانت سبباً لوجودها . وعليه فان المستفيد في هذه الدعوى من خطاب الضمان لا يستطيع الرجوع على العميل وهو هنا المميز ضده بقيمته إذ أن الخصم الحقيقي والوحيد فيها البنك الذي أصدره . وحيث أن محكمة الاستئناف توصلت بقرارها المميز إلى هذه النتيجة فإن قرارها يكون في محله ".

ومن خلال هذه القرارات نجد أن محكمة التمييز بيَنت مفهوم خطاب الضمان موضحة في ذات الوقت أركانه وشروطه وخصائصه والتي من أهمها مبدأ إستقلالية خطاب الضمان عن عقد الأساس الذي وإن كان صدور خطاب الضمان نتيجة له إلا وأنه مستقل عنه بشكل تام ، وبهذا تكون محكمة التمييز قد أزالت الخلط الحاصل في القضاء وميزت بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية ، وهو الأمر الذي سيتم بيانه لاحقاً من قبل الباحث بالإضافة إلى بيان خصائص ومميزات خطاب الضمان .

ثانياً : القضاء المصري

يلاحظ ابتداءً أن القضاء المستعجل في مصر أصدر حكمين بتاريخ 1\4 و3\5 عام 1960 تعرضا لخطابات الضمان المصرفي [1]. وأصدرت المحاكم المصرية العديد من الأحكام القضائية التي تناولت فيها توضيح مفهوم خطاب الضمان وبيان خصائصه ومميزاته ويعود ذلك لقدامة عهد تنظيم المشرع لخطاب الضمان بصورة قواعد قانونية مستقله .

---

[1] أبو عياد ، شذى وليد ، وثيقة خطاب الضمان المصرفي ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، 2010 ، ص37 .

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا بقرار لها [1] خطاب الضمان بأنه : " هو تعهد يلتزم بموجبه البنك بناء على أمر عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد . بمجرد طلب هذا الأخير له خلال مدة معينة ، .... وينقضي التزام البنك بانقضاء الأجل المحدد في خطاب الضمان دون استعماله أو مد فترته بالاتفاق مع العميل ، حيث لا يجوز أن يصدر الأمر بامتداد خطاب الضمان من المستفيد . ويسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة بالدفع قبل حلول الأجل."

ويظهر للباحث من خلال الإطلاع على القرار آنف الذكر ، بأن المحكمة الإدارية العليا في قرارها هذا قامت بتعريف خطاب الضمان وإظهار خصائصه وسماته التي تميزه عن التصرفات القانونية الأخرى بشكل دقيق ، كما قامت بتوضيح سبب التزام المصرف فيه وبين بأن محل خطاب الضمان هو دفع مبلغ نقدي ، مع ذكر أهم خصائصه من حيث استقلاله وتمتعه بالكفاية الذاتية ، وبيان للطبيعة القانونية لخطاب الضمان على أنه قائم على الإرادة المنفردة للمصرف ، وبين انقضاءه بانتهاء مدته دون مطالبة المستفيد للمصرف بقيمة الخطاب .

الفرع الرابع

التعريف الفقهي لخطاب الضمان

دأبت الدراسات الفقهية على إعطاء بعض التعاريف لخطاب الضمان ، فقد عرفه البعض بأنه " تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب عميله (الآمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد ، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) ، مبلغاً معيناً من النقود عند أول

---

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا في جلستها المنعقدة بتاريخ 9\1\1990 في الطعن رقم 1933 لسنة 31 قضائية ، منقول عن الدكتور تامر ريمون فهيم ، ضمانات الإئتمان المصرفي ، دار النهضة العربية ، 2012 ، ص 302 .

طلب منه ، سواء كان طلباً مجرداً أو مبرراً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد ، خلال أجل محدد عادة أو غير محدد ، في أثناء سريان أجله ، رغم أي معارضة ، من العميل المضمون أو البنك الضامن ، على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد ". [1]

كما عرف بعض الفقه [2] خطاب الضمان بأنه " هو التعهد المصرفي بدفع مبلغ مالي لدى أول طلب من المستفيد بالرجوع إلى النص الوحيد للتعهد بدون إمكان التذرع بأسباب مستخرجة من العقد الأساسي على أساس أن فرضية الغش محتفظ بها مع ذلك ".

وعرفه البعض الآخر بأنه " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى العميل الآمر بدفع مبلغ معين من النقود أو قابلاً للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه خلال الفترة الزمنية المحددة في الخطاب " . [3]

كما عرفه البعض بأنه " علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد من الخطاب خلال مدة محددة "[1].

وعرف البعض الآخر خطاب الضمان بأنه " تعهد مكتوب يصدره البنك بناءً على طلب عميله بمناسبة عملية محددة ، ويلزم بموجبه بأن يدفع إلى طرف ثالث وهو المستفيد ، مبلغاً نقدياً معيناً

---

[1] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 11 .

[2] غستان ، جاك ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ط2 ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية ، بيروت ، 2008 ، ص1045.

[3] البارودي ، علي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، جامعة الاسكندرية ، 2001 ، ص 416

[1] الكيلاني ، محمود الجوانب القانونية في عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 364 .

أو قابلاً للتعين عند أول طلب يتلقاه من هذا الأخير خلال مدة سريانه ، وذلك على الرغم من أي معارضة قد يبديها العميل المضمون " [2] .

من خلال استعراض التعاريف ، يتضح لنا أن أغلب التشريعات نظمت خطاب الضمان المصرفي موضحه خصائصه ، وأنه على الرغم من عدم قيام بعض التشريعات بتنظيمه كالتشريع الأردني إلا أن القضاء بأحكامه التي أصدرها قد عمد إلى بيان مفهوم خطاب الضمان وتناول خصائصه وسماته ، كما أن الدراسات الفقهية وعلى الرغم من التنوع في العبارات وإختلاف الصيغ إلا أنها قد ساهمت بإبراز أهمية خطاب الضمان وتوحدت في بيان ماهيته وسماته وأركانه ، واتفقت كافة التعريفات السابقة على أن خطاب الضمان يضم أطرافاً ثلاثة وهم ، العميل هو الجهة أو الشخص الذي يطلب من مصرفه إصدار خطاب الضمان، والذي تربطه بالمستفيد علاقة تعاقدية محلها العقد المبرم بينهما لإنجاز أو تنفيذ أو توريد عمل ما أو خدمة أو سلعة معينة ، والمستفيد وهو الجهة التي يصدر خطاب الضمان لصالحها ويحق لها الاستفادة منه ، والبنك مصدر خطاب الضمان، وهو الجهة التي تقوم بإصدار خطاب الضمان بناء على طلب العميل ووفقا لتعليماته .

وبدوره يرى الباحث بأنه يمكن تعريف خطاب الضمان على أنه : تعهد كتابي يصدره المصرف بناء على طلب عميله (الآمر) وضماناً له لمدة معينة وبحدود مبلغ محدد لصالح طرف آخر (المستفيد) ، على أن يدفع المصرف قيمته خلال سريانه عند أول مطالبة فوراً ، رغم معارضة العميل أو الحصول على موافقته ، ودون أن يكون للمصرف أن يتمسك بأي دفع من الدفوع المستمدة من العلاقة الناشئة ما بين العميل (الآمر) والمستفيد في الخطاب أو أي علاقة أخرى غير خطاب الضمان ذاته .

---

[2] بضراني ، نجاة ، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، 1987 ، ص 536 .

المطلب الثاني

أهم أنواع خطاب الضمان

بعد أن بينا تعريف خطاب الضمان ، توجب على الباحث بيان أهم صور خطابات الضمان والتي يتم التعامل بها لشيوعها في أوساط المتعاملين بالتجارة ، ولا يوجد لخطاب الضمان إلا مَصدر واحد له باعتبار أنه لا يصدر إلا من مصرف ، ولكن كون الخطاب يَصدر بناء على طلب من الآمر لمصلحة المستفيد . يصعب حصر أنواع هذه المعاملات التي تعد سبباً في العلاقة بين المصرف مُصدر الخطاب وعميله[1] .

وصور خطاب الضمان تتعدد من حيث موطن الآمر والمستفيد فإما تكون داخلية أو خارجية (فرع أول)، وكما تتعدد من حيث الغرض التي تصدر من أجلها (فرع ثاني) ، وهو ما سيتناوله الباحث على النحو الآتي :

الفرع الأول

من حيث موطن الآمر والمستفيد

لخطابات الضمان من حيث موطن الآمر والمستفيد صورتان ، فإما تكون خطابات ضمان خارجية وإما تكون خطابات ضمان داخلية . ومعيار التمييز بين خطابات الضمان الداخلية والخارجية هو وجود عنصر غير مقيم[1]، ونشير إليهم على النحو التالي :

---

(1) الكيلاني ، محمود ، مرجع سابق ، ص 352 .

(1) الكيلاني ، محمود ، مرجع سابق ، ص 362 .

أ. خطابات الضمان الخارجية :

هي التي يكون فيها الآمر أو المستفيد أو كلاهما من خارج البلد[2]، الأمر الذي يقتضي بالضرورة تدخل مصرف أجنبي كمراسل أو فرع في الخارج للمصرف المحلي أن وجد لإتمام العملية التي يمر بها الخطاب .

وقد يَصدر خطاب الضمان من خارج الدولة لمنفعة جهة بداخلها ، ويشترط المستفيد هنا أن يكون الضمان الذي يصدر لصالحه من مصرف محلي لأنه يحقق له سهولة استيفاء قيمة الخطاب بالإضافة إلى التقاضي عند نشوب نزاع يكون من اختصاص القضاء المحلي[3]، كما قد يصدر بطلب من جهة داخل الدولة لمصلحة جهة أخرى بخارجها .

ب. خطابات الضمان الداخلية :

وهي تلك الخطابات التي تصدر بطلب من عميل محلي (داخل البلد) ولمنفعة جهة محلية أيضاً ، ولا يوجد طرف خارجي فيها فكل من الآمر والمستفيد من الخطاب وكذلك المصرف داخل البلد نفسها ، فهي لا تتطلب تدخل مصرف من الخارج ، فخطابات الضمان الداخلية ينتفي فيها العنصر الخارجي من أحد الأطراف .

---

(2) علم الدين ، محي الدين أسماعيل ، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك ، القاهرة، بلا سنة نشر ، ص 26 .

(3) الكيلاني ، محمود ، مرجع سابق ، ص 363 .

الفرع الثاني

من حيث الغرض

تتعدد صور خطابات الضمان – سواء الداخلية أو الخارجية – بتعدد الغرض والسبب الذي أصدرت من أجله ، الأمر الذي يجعل الخطاب يصدر لغرض واحد على نحو يمنع استعمال الخطاب لأكثر من غرض في ذات الوقت ، ولتعدد الأغراض التي يصدر لأجلها الخطاب ولكثرة استعماله فأنه لا يمكن حصر أنواع الخطابات ، ويمكن ذكر أهم أنواع الخطابات من حيث الغرض الذي أصدرت لأجلها على النحو التالي :

أولاً : خطاب الضمان الجمركي .

تُعتبر الرسوم الجمركية من أهم موارد الميزانية العامة للدولة والتي تُستحق على السلع والمواد المستوردة . وقد تستوجب الضرورة الإسراع في إخراج البضائع المستوردة مراعاة لطبيعتها التي لا تتحمل طول التخزين ، وحفاظاً على حقوق خزينة الدولة من تلك الرسوم أوجد قانون الجمارك الأردني رقم 20 لسنة 1998 بعض الحالات التي تستدعي أخذ ضمانات كتأمين تسديد المستورد للرسوم الجمركية عند تحققها على الآتي :

1. **نظام الإيداع** : يقوم المستورد بتقديم خطاب ضمان للبضائع التي قام باستيرادها من أجل إعادة تصديرها مرة أخرى ، ويغطي الخطاب المدة المحتملة التي تبقى فيها تلك البضائع في مستودعات دائرة الجمارك ، وعند إعادة تصدير البضائع يسترد المستورد الخطاب .

2. **نظام السماح المؤقت** : هو السماح بإدخال مواد أولية إلى الدولة لتصنيعها أو سلع لإصلاحها أو تكملة صنعها مع إعفائها من الضرائب والرسوم الجمركية[1]، على أن يقوم المستورد بتقديم خطاب ضمان لمصلحة دائرة الجمارك بقيمة الضرائب والرسوم الجمركية المتحققة على تلك السلع أو البضائع إذا لم تُصدر خلال مدة محددة .

3. **نظام الترانزيت** : يعنى هذا النظام بالبضائع العابرة والتي تدخل أراضي الدولة وتستوردها دولة أخرى لصالح هذه الأخيرة . ولما كانت الرسوم الجمركية غير مستحقة أصلاً على هذه البضائع وكان عدم الاستحقاق منوطاً بثبوت وصولها إلى الدولة الأخرى[2]، وخوفاً من دخول هذه البضائع للدولة العابرة من خلالها وخوفاً من التهرب من دفع الرسوم الجمركية تُلزم دائرة الجمارك المستورد بتقديم خطاب ضمان بقيمة الرسوم الجمركية عن هذه البضاعة ، ويسترد المستورد الخطاب متى تقدم بما يُثبت وصول البضاعة إلى الدولة الأخرى المستوردة .

4. **التخليص على البضائع** : يكون بإجازة الإفراج عن البضائع بمجرد الانتهاء من مراجعتها دون انتظار إجراءات تقدير الرسوم الجمركية المستحقة عليها ، وذلك إذا كانت طبيعة البضاعة لا تتحمل البقاء طويلاً في الجمارك أو كانت دواعي الحاجة تستوجب الإسراع في الإفراج عنها ، فيتم الإفراج عن البضاعة مقابل خطاب ضمان يكفل سداد الرسوم التي تستحق عند تسويتها[1].

---

(1) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 233 .

(2) المرجع السالف الذكر ، ص 234 .

(1) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 235 .

ثانياً : خطاب ضمان المناقصات والمزايدات .

هذا النوع من خطابات الضمان الأكثر شيوعاً [2]وأهمية ، ويصدر هذا الخطاب بطلب من الجهة التي تطرح المناقصة (العطاء) أو المنظمة للمزاد والتي غالباً ما تكون جهة حكومية ، وذلك لضمان حق تلك الجهة في حالة إخلال المناقص أو المزايد بالتزاماته ، وهي على صور متعددة :

1. **خطاب الضمان الابتدائي** : وهو ذلك الخطاب الذي يُرفق مع العرض المقدم في العطاء أو المزايدة ، ويتقدم العميل بخطاب الضمان الابتدائي ليعرب عن حسن نيته في التعامل أو جديته في الدخول في العطاء [3] وعدم تراجعه ، وينتهي الغرض من هذا الخطاب سواء تم إحالة العطاء على من تقدم به أو على غيره ، فإذا تم إحالة العطاء على من تقدم به يتوجب عليه استبداله بخطاب ضمان نهائي ، أما إذا لم يحال عليه فيقوم باسترداده .

2. **خطاب الضمان النهائي** : ويسمى أيضاً خطاب ضمان حسن التنفيذ ويتم تقديمه من قبل المناقص عند رسو العطاء عليه وإبرامه عقد الأساس خلال مدة محددة في العقد لصالح الجهة صاحبة العطاء ضماناً لحسن تنفيذه لشروط العقد ، حتى إذا لم يتحقق ذلك يصبح من حق صاحب المشروع المطالبة بقيمة الخطاب من المصرف الذي أصدره[1].

وتستمر صلاحية هذا الضمان لحين الانتهاء من التنفيذ أو توريد البضاعة مع فترة تسمح بالتأكد من سلامة التنفيذ أو استلام البضاعة ، وكذلك فترة ضمان إذا كان العقد خاصاً بتركيب آلات لتجربتها والتأكد من سلامة المشروع[2].

---

[2] المرجع السالف الذكر ، ص 227 .

[3] الكيلاني ، محمود ، مرجع سابق ، ص 358 .

[1] الكيلاني ، محمود ، مرجع سابق ، ص 360 .

[2] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 231 .

3. **خطاب الضمان الدفعات المقدمة :** يتضمن أيضاً خطاب الضمان النهائي ضمان الدفعة الأولى التي يحصل عليها الآمر عند إبرامه لعقد الأساس ، غالباً يكون هذا النوع من الخطابات في عقود المقاولات والاستيراد ، إذ تتضمن هذه العقود التزام صاحب العمل أو طارح العطاء بدفع مبالغ من النقود كدفعة أولى للمقاول أو للمستورد لتلبية حاجة هذا الأخير لمبالغ يتمكن من خلالها من تمويل العطاء الذي أبرم العقد لتنفيذه .

المبحث الثاني

خصائص خطاب الضمان وتمييزه عما يشابهه من نظم

وأياً كان التعريف الذي بيَن ماهية خطاب الضمان ، إلا أن خطاب الضمان فيه من الخصائص المميزة له والتي تجعله يمتاز عن غيره من النظم القانونية التي تتشابه معه ، حيث يتوجب توافر عناصر أساسية لخطاب الضمان والتي سيحاول الباحث تناولها (مطلب أول) ، ثم التفريق بين خطاب الضمان وبين بعض النظم القانونية الشبيهة له وهي كل من الكفالة والاعتماد المستندي لاختلاط البعض بينهم (مطلب ثاني) .

المطلب الأول

خصائص خطاب الضمان

من خلال التعاريف التي دأب كل من التشريعات والفقه والقضاء على إعطائها لخطاب الضمان يمكننا استنباط وإدراك مجموعة من الخصائص التي يمتاز بها خطاب الضمان ، سيقوم الباحث باستعراضها وبيان ما يترتب على وجود هذه الخصائص في خطاب الضمان .

لذلك سيحاول الباحث استعراض تلك الخصائص الأساسية لخطاب الضمان في هذا المطلب والتي يتعين أن ترد عند صياغة خطاب الضمان والتي بدونها يفقد خطاب الضمان فائدته . **وتتمثل خصائص خطاب الضمان بالآتي :**

الفرع الأول

الكتابة

بالرجوع إلى كافة التعريفات لخطاب الضمان نجد أنها توجب أن يكون مكتوباً ، وتكمن أهمية الكتابة بإبراز عناصر الخطاب من تحديد المستفيد منه ومبلغ الضمان ، ومن خلال عبارات الخطاب لا يستطيع المصرف التمسك تجاه المستفيد بأي دفع خارج عن خطاب الضمان بسبب عبارات الخطاب التي تلزم المصرف بالدفع فوراً ، كما تحدد الكتابة حقوق والتزامات المستفيد والبنك الضامن وبيان شروط تنفيذه . فهي المرجع في توافر أو عدم توافر الشروط اللازمة لاعتباره خطاب ضمان لا كفالة [1] .

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها : " خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله ..... " [2] ، وعلى هذا سارت بعض التشريعات بتحديد الكتابة كشرط من شروط خطاب الضمان كالمشرع المصري الذي قال عند بيانه لمفهوم خطاب الضمان بأنه : " تعهد مكتوب يصدر من البنك ......"[3].

وهو الأمر الذي لم ينص عليه صراحة كل من المشرع الاماراتي والكويتي والعراقي والبحريني[4]، على الرغم من قيامهم بإبراز أهمية الكتابة ضمناً وذلك عند اشتراط تحديد مدة الضمان والغرض الذي صدر من أجله ولا يمكن دون الكتابة ، إلا أنه كان بالاحرى ذكر شرط الكتابة صراحة لما لعباراته من أهمية في بيان صحة خطاب الضمان وبيان الالتزامات المترتبه

---

(1) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 127 .

(2) قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم 1776\1998 (هيئة خماسية) تاريخ 1999/3/18، منشورات مركز عدالة .

(3) أنظر سابقاً عند بيان مفهوم خطاب الضمان عند المشرع المصري بنص المادة 1/355 من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 .

(4) أنظر سابقاً عند الحديث عن بيان مفهوم خطاب الضمان في التشريعات .

على كل من المصرف والمستفيد [1] ، الأمر الذي يظهر مبدأ الاستقلالية ويحد من الغش الصادر من المستفيد ، كما للكتابه والعبارات الواردة في الخطاب من أهمية في تمييز خطاب الضمان عن الكفالة وما يترتب على ذلك من آثار .

وتصدر خطابات الضمان المحلية أي الصادرة لعملاء محليين ، باللغة العربية ، وإذا وجدت لغتان وحدث بينهما خلاف وجب تغليب اللغة العربية لأنها اللغة الرسمية ، وإذا صدر الخطاب لأجنبي من الخارج فإنه يصدر طبعاً بلغة أجنبية [2] ، ومع تزايد المتعاملين بشبكة الانترنت وازدهار التجارة الالكترونية ، نظراً لما تتمتع به من مزايا تتمثل بالسرعة وتوفير الوقت والجهد للمتعاقدين ، ونظراً للتطور الحاصل في مجال التجارة الدولية وانتشار المعاملات الإلكترونية في المصارف ، فمن الممكن أن يصدر خطاب الضمان لصالح مستفيد أجنبي على شكل محرر الكتروني ، يتم إرساله من قبل المصرف بواسطة الوسائل الالكترونية[3].

وقد أدرك المشرع الأردني هذا التطور التكنولوجي ، وعالج مسألة المحرر الالكتروني من خلال قانون المعاملات الالكترونية رقم 15 لسنة 2015 ، كما عالج مسألة مكان العقد لما له من أهمية في تحديد الاختصاص المكاني للقضاء عند نشوب نزاع ، وذلك بأن جعل المشرع الأردني مكان إرسال الرسالة الالكترونية هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشيء ، ومكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقراً لعمله ، وذلك في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد الاختصاص المكاني من قبل طرفي العقد .

---

[1] أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية عندما أظهرت أهمية الكتابة في تحديد التزامات الأطراف في خطاب الضمان وذلك بقرارها رقم (1776/ 1998) المشار إليه سابقاً بقولها : " .... أن التزام البنك يكتمل بمجرد إصدار الخطاب ودخوله حيز التنفيذ وإن العبارات التي يدرجها البنك في الخطاب هي وحدها التي تحدد مضمون التزام البنك وشروطه دون أن يحتج بأي عيب أو دفع مستمد من علاقة أو سبب خارجي عنها باعتباره مستقل عن أي علاقة أخرى إضافة إلى أن إستقلال الضمان عن عقد الأساس هو القاعدة ".

[2] عوض ، علي جمال ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 165 .

[3] عرف القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية (الاونسترال) في المادة (2) منه العقد الالكتروني بأنه " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس " .

الفرع الثاني

الاعتبار الشخصي

المصرف لا يقوم بإصدار خطاب الضمان إلا بناء على طلب عميل محدد يثق به المصرف وعادة يكون هذا العميل ممن له تعامل مسبق مع المصرف . ويترتب على وجود الاعتبار الشخصي أن الغلط الواقع في شخص العميل يفسد الاتفاق على إصدار خطاب الضمان ، كما يترتب على الاعتبار الشخصي عدم جواز التنازل عن خطاب الضمان ولو تنازل العميل عن المشروع الذي صدر الخطاب بمناسبته [1] .

وكما أن الاعتبار الشخصي قائم من جهة الآمر فهو كذلك قائم أيضاً من جهة المستفيد ، فالمصرف لا يصدر خطاب الضمان إلا لصالح مستفيد محدد له وحده سلطة استعماله . فلا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره خاصة وأنه لا يتضمن الإذن ولا يعتبر لذلك ورقة تجارية بل لا يجوز له أن يتنازل عنه لأي شخص آخر بأي طريق حتى ولو بالتبعية لتنازله عن عقد المقاولة الأصلي لأن شخصية المستفيد من الخطاب وأمانته محل اعتبار لدى عميل البنك[2].

ومن نتائج هذا الاعتبار الشخصي أيضاً أنه إذا كان المستفيد شخص طبيعي وتوفي وحل محله ورثته ، فإنه لا يمكن تنفيذ خطاب الضمان ما لم يكن الأطراف قد بينوا ذلك في الخطاب ، إلا أنه إذا كان المستفيد فرداً وترك خطاب الضمان في تركته متعلقاً بتجارته انتقل خطاب الضمان إلى ورثته مع هذه التجارة وبحدود التركة فقط[1].

---

[1] عوض ، علي جمال ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 99 .

[2] المرجع السالف الذكر ، ص 102 .

[1] المرجع السالف الذكر ، ص 102 .

الفرع الثالث

التزام المصرف بالوفاء خلال أجل محدد

لما كان الأصل في خطابات الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل [2]، إلا أنه قد يحدث و يذكر في خطاب الضمان تاريخ انتهاء صلاحية التعهد ، ينتهي به الضمان بحلول تاريخ محدد أو عند وقوع سبب معين ، فيكون التزام المصرف بالوفاء للمستفيد محدد بمدة معينة .

وبذلك جاء قرار محكمة النقض المصرية بقولها : " مؤدى سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو التزام بوفاء قيمته خلال هذه المدة ، بحيث لا يعتبر التاريخ الوارد فيه هو بداية استحقاق إلتزام البنك بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان حتى التاريخ المذكور في خطاب الضمان اعتباره حد أقصى لنفاذه "[3] .

بحيث إذا لم يُطالب المصرف خلال هذه المدة بالمبلغ سقط حق المستفيد تلقائياً بانتهاء هذا الأجل ، هذا ما نصت عليه المادة (386) من قانون التجارة الكويتي بقولها : " تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان مطالبة بالدفع إلا إذا اتفق بصراحة قبل إنتهاء هذه المدة على تجديدها ".

وعليه فإن كل وفاء بعد هذا التاريخ يعد وفاء غير صحيح ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون للبنك أن يرجع على عميله (الآمر) بما دفعه ، لأن الوفاء لم يكن مطابق

---

(2) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 72 .

(3) طعن رقم 294 (مصري) تاريخ 1969/5/27 ، والمشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات ، مرجع سابق ، ص 108 .

لتعليمات العميل (الآمر) فيتحمل المصرف وحده مسؤولية الوفاء ، وعدم تحديد المدة في خطاب الضمان يجعل المصرف مسؤولاً إلى ما لانهاية بموجب الخطاب وهذا الذي لن يقبله المصرف .

فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه : " إذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان قد سقط بانقضاء صلاحيته فيء 1991/1/1 دون مطالبة من الطاعنة ولو كان ذلك راجعاً إلى قوة قاهرة ، فأنه لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ في تطبيقه" [1] .

الفرع الرابع

محدد الغرض

الغرض من خطاب الضمان هو السبب الذي أصدر من أجله ، ولهذا يتوجب أن يكون الغرض من خطاب الضمان واضحاً ومحدداً تحديداً دقيقاً يمنع الجهالة ، وأن يصدر خطاب الضمان لغرض واحد ، وليس لأكثر من غرض وذلك لمنع استعمال خطاب الضمان لأكثر من غرض [1]، لتفادي الغلط في تنفيذ خطاب الضمان في حال كان بين كل من الآمر والمستفيد عدد من العلاقات . والعبرة هي بوجود السبب وقت نشأة الخطاب ، ولا يهم اختفاؤه بعد ذلك[2].

---

(1) طعن رقم 93/194 (مصري) تجاري تاريخ 1994/4/24 ، والمشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات ، مرجع سابق ، ص 80 .

(1) العبدلي ، موفق علي ، آثار خطاب الضمان ، ، دار الشؤون الثقافية ، العراق ، بغداد ، 2010 ، ص 105 .

(2) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 112 .

وذلك كأن يصدر الخطاب ضماناً لحسن تنفيذ الآمر للعقد المبرم بينه وبين المستفيد من الخطاب ، أو أن يصدر الخطاب ضماناً لإسترداد السلف التي يقبل صاحب العمل (المستفيد) دفعها إلى المقاول (الآمر) مقدماً .

الفرع الخامس

محله التزام بدفع مبلغ نقدي

كون خطاب الضمان من ابتكار العمل التجاري والعرف المصرفي وقد وجد ليحل محل التأمين النقدي ولا يصدره إلا مصرف فإنه ليس من مهام المصرف تنفيذ الالتزامات غير النقدية ، فيكون دائماً محله تعهد بدفع مبلغ نقدي ، وهذه الخاصية تميز خطاب الضمان عن الكفالة وعن التعهدات الأمريكية التي تقوم بها شركات التأمين ، وموضوعها (وإن كانت ضماناً للدائن) ليس دفع مبلغ نقدي بل الالتزام ذاته المضمون[1] .

بمعنى إن التزام المصرف بالدفع يكون بتقديم المستفيد المستندات التي تفيد بعدم تنفيذ الآمر لإلتزاماته ، فلا يضمن المصرف تنفيذ التزامات العميل إنما يكون التزامه بدفع مبلغ محدد وذلك ضماناً للضرر الذي قد يصيب المستفيد جراء إخلال العميل (الآمر) بالتزاماته في عقد الأساس المبرم فيما بينهما ، فيجب أن يرد تعهد المصرف في خطاب الضمان بدفع مبلغ من النقود وأن يتم بيان قيمة هذا المبلغ بشكل حاسم لا يدعو مجال للشك أو للعملة التي يدفع بها المبلغ .

---

[1] المرجع السالف الذكر ، ص 105 ، وكذلك ص35 . حيث بين الكاتب المقصود بالاعتماد الاحتياطي أو ما يسمى بخطابات الاعتماد الضامنة ، والتي تشبه من حيث الشكل الاعتمادات المستندية في حين أنها تؤدي وظيفة خطاب الضمان المصرفي ، وسبب ظهورها نتيجة القوانين في الولايات المتحدة التي تحظر على المصارف إصدار ضمانات أو وثائق تأمين ، واستثنت من هذا الحظر إذا كان للمصرف مصدر االضمانة منفعة مادية في تنفيذ العملية (عقد الأساس) التي تحتاج لإصدار هذه الضمانة أو إذا كان للمصرف مُصدر هذه الضمانة وديعة مالية تكفي لتغطية قيمة الضمانة ، وبسبب هذا الحظر من القوانين الأمريكية على المصارف قامت المصارف بتسميتها بالاعتمادات المستندية تحت الطلب .

وقد ينص في الخطاب أن مبلغ الضمان يخفض تدريجياً وحسب تنفيذ الالتزامات في عقد الأساس ، الأمر الذي يتوجب معه الرجوع الى عقد الأساس لمعرفة ما تم تنفيذه من عدمه ، وهو ما يسمى " الضمان المتدرج " ، وأسلوب تنفيذ خطاب الضمان بهذه الطريقة لا يتنافى مع استقلال خطاب الضمان . وبالتالي لا ينفي صفته كخطاب ضمان متى نص على المستندات اللازمة للتخفيض وعلى أن مقدمها يكون هو المستفيد من الخطاب[1].

الفرع السادس

خطاب الضمان عمل تجاري

خطاب الضمان الصادر من المصرف يعتبر نوعاً من التسهيلات غير النقدية ويلتزم المصرف في تغطيتها عن طريق التأمينات وتخصيص المبالغ اللازمة لمواجهة مخاطرها ، فجميع أعمال المصارف ومن بينها خطابات الضمان تعتبر عملاً تجاري طبقاً لقانون التجارة الأردني عندما أورد في المادة (1/6) من ذات القانون الأعمال التي تعتبر تجارية بحكم ماهيتها الذاتية ، حيث أورد في الفقرة (د) من ذات المادة أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة .

كما قال بتجارية خطاب الضمان قانون البنوك الأردني رقم (28) لسنة 2000 ، حيث جاء في المادة (92/هـ) منه : " تعتبر جميع الأعمال المصرفية والنشاطات المالية تجارية بحكم ماهيتها

---

(1) المرجع السالف الذكر ، ص 162 .

الذاتية بغض النظر عن صفة العميل المتعاقد أو المتعامل مع البنك سواء كان مدنياً أو تجارياً ، وتسري عليها أحكام قانون التجارة الساري المفعول كما لا تخضع لأحكام نظام المرابحة " .

وبالتالي فإن أعمال المصارف تكون تجارية بحكم القانون بالنسبة للمصرف أياً كان موضوعها ودون النظر إلى صفة العميل ، وبذلك جاء قرار محكمة التمييز الأردنية بقولها : " من المقرر بمقتضى المادة (1/6/د) من قانون التجارة والمادة (92/هـ) من قانون البنوك رقم 28 لسنة 2000 إن معاملات المصارف العامة والخاصة أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها الذاتية دون النظر بصفة العميل المتعاقد مع البنك وتسري عليها أحكام قانون التجارة " [1].

أما بالنسبة لعميل المصرف فإن أعماله تكون تابعة لعمله الأصلي فإن كان عمله الأصلي تجارياً كانت تجارية بالتبعية ، وبذلك قال المشرع الأردني في المادة (8) من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 والتي نصت على أنه " 1. جميع الاعمال التي يقوم بها التاجر لغايات تجارته تعد تجارية أيضاً في نظر القانون . 2. وعند قيام الشك تعد اعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية إلا إذا ثبت العكس " .

أما إن كان عمله الأصلي مدنياً فإن العمل بالنسبة له يكون مدنياً ، وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقرارها الذي جاء فيه " تعتبر المدعية (المميزة) تاجر بموجب المادة 8 و9 من قانون التجارة وعليه تعتبر الأعمال التي يقوم بها تجارية ما لم تثبت العكس ، وبما أن المدعى عليه لم يرد ما يدل على أنه تاجر أو أن علاقته بالمدعية (المميزة) تتعلق بعمل تجاري ، فإننا

---

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2013/2742) تاريخ 2013/12/24 ، منشورات مركز عدالة ، وكذلك قرار محكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم (2006/719) تاريخ 2006/11/20 والذي جاء فيه : " تعتبر العلاقة ما بين المدعية – المميز ضدها – والمدعى عليه – المميز- هي علاقة تجارية عملاً بأحكام المادة (1/6/د) من قانون التجارة باعتبار أن أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها الذاتية " .

نكون والحالة هذه أمام عمل مختلط أي عمل تجاري بالنسبة للمدعية (المميزة) ومدنياً بالنسبة للمدعى عليه (المميز ضده) " [2] .

وبذلك قال أيضاً القضاء المصري في قراره الذي جاء فيه : " جميع أعمال البنوك ومن بينها إصدار خطابات الضمان تعتبر عملاً تجارياً طبقاً لنص الفقرتين (4 ،5) من المادة (2) من قانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر "[1].

الفرع السابع

إستقلال خطاب الضمان

يقوم خطاب الضمان على مبدأ استقلاله عن عقد الأساس الذي يربط المستفيد والعميل ويعتبر أجنبياً عنه ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها الذي جاء فيه : " تعهد البنك بموجب الخطاب هو التزام منقطع الصلة بالتزام الآمر ومديونيته وذلك لأن خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها من الناحية القانونية بالعلاقة بين البنك والعميل أو العميل والمستفيد " [2] ، وبقولها في قرار آخر " لخطاب الضمان خصاص وشروط لا تتوافر في الكفالة المدنية أولها أن يكون التزام البنك أو المؤسسة المالية التي تصدر الكفالة مستقلاً عن التزام عميله المكفول وأن يكون لهذا الخطاب الكفاية الذاتية ..... "[3].

---

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/2769 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/1/8 ، منشورات مركز عدالة .

[1] طعن مصري رقم 411 لسنة 49 ق جلسة 81/4/13 ، مشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات ، مرجع سابق ، ص 107.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1996/1522 (هيئة خماسية) تاريخ 1996/10/15 ، منشورات مركز عدالة .

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1989/1038 (هيئة ثلاثية) تاريخ 1990/4/16 ، منشورات مركز عدالة .

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء فيه : " خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين معه ، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ...." [1].

فالتزام المصرف في خطاب الضمان التزام مجرد ومنفصل عن أي علاقة خارجة عنه ، وعند النظر إلى التشريعات [2]التي قامت تنظيم خطاب الضمان وأظهرت معناه ، نجد أنها أكدت على استقلالية خطاب الضمان واستقلال التزام المصرف في ظله .

وكذلك فعل أيضاً القضاء والاتفاقيات الدولية ، فعلى صعيد القضاء نجد أن جميع أحكام القضاء أكدت على استقلالية خطاب الضمان وعدم تبعيته وانفصال الخطاب عن أي علاقة أخرى خارجة عنه ، وهذا ما أكدته كل من محكمة التمييز الأردنية ومحكمة النقض المصرية في أحكامهم التي أشار اليها الباحث سابقاً ، وكذلك فعلت أيضاً محكمة التمييز العراقية في قرارها الذي قضت فيه " أن علاقة المصرف بالدائن المستفيد وهو وزارة الدفاع التي صدر الخطاب لصالحها ، يحكمها خطاب الضمان وحده ، فهو الذي يحدد التزامات المصرف ولا يسأل المصرف إلا في حدود خطاب الضمان ، فلا علاقة لهذا الخطاب بالعلاقة بين المصرف وعميله فهذه العلاقة ينظمها عقد الاعتماد بينهما ، كما لا علاقة لخطاب الضمان بين العميل المتعهد ورب العمل وهو وزارة الدفاع فهذه العلاقة يحكمها عقد المقاولة " [3].

اما على صعيد الاتفاقيات الدولية ، فنجد اتفاقية الاونسترال في المادة الثانية منها أكدت على استقلالية التزام المصرف في الخطاب ، وذلك بقولها : " لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاماً

---

(1) نقض مصري رقم 1189 لسنة 49ق جلسة 1984/2/13 ، المشار إليه في المرجع سالف الذكر، ص 107.

(2) نصت المادة (358) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أنه : " لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد " .

(3) محكمة التمييز العراقية قرارها رقم 203/استئنافية/70 تاريخ 1970/6/3 ، مجلة القضاء ، العدد الثاني ، 1973 ، ص 14 .

مستقلاً يعرف في الممارسات الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن ، مقدماً من مصرف .... " .

نظراً للأهمية البالغة لخاصية الاستقلال في خطاب الضمان باعتبارها الأصل والميزة له ، وما يترتب عليها من آثار ونتائج ، توجب على الباحث تناولها لاحقاً بشكل مفصل وذلك في الفصل الثالث .

المطلب الثاني

التمييز بين خطاب الضمان عمّا قد يشبهه من النظم القانونية

بما أن خطاب الضمان نشأ في ظل العرف المصرفي بهدف تسهيل التجارة وتحقيق الطمأنينة لأطرافها ، وبالرغم ما للخطاب من خصائص يمتاز بها عن غيره من النظم القانونية ، إلا أن البعض غالباً لا يستطيع التفرقة بين الخطاب وغيره من النظم القانونية المشابهة له ، فيطلق عليه لفظ الكفالة أحياناً وأحياناً أخرى لا يفرق بينه وبين الاعتماد المستندي الذي نشأ أيضاً في ظل الأعراف الدولية ، وهذا مما أوجب على الباحث التمييز بين خطاب الضمان وبين الكفالة (فرع أول) ، والتمييز بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي (فرع ثاني) ، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

خطاب الضمان والكفالة

عرفت المادة (950) من القانون المدني الأردني الكفالة بأن : " الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام " ، أما القانون المدني المصري فقد عرفها في المادة (772) منه على أنها " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه " [1].

وعلى ذلك فإن الكفالة هي عقد يضم شخص ذمته إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه وهذا الالتزام غالباً ما يكون مبلغاً من النقود فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً من النقود فان الكفيل لا يتعهد بالقيام بنفس العمل إذا تخلف عنه المدين ، بل انه يضمن ما يحكم به على المدين الأصلي من تعويض جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود .

والعلاقة بين الدائن والكفيل تكون دائماً عقد تبرع وقد تكون بمقابل ، ويجب أن تستند إلى رضاء صريح وقاطع بمعنى أن الدائن لا يعطي أي مقابل للكفيل لقاء كفالته ، وبذلك نص القانون اللبناني على أن التزام الكفيل من الالتزامات التبرعية بقوله : " الكفالة مجانية بطبيعتها......" [2]، وأما إذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لالتزامه مبلغ من النقود فإننا لا نكون أمام عقد كفالة ، بل عقد تأمين ومن ثم تصبح عقداً أصلياً لا تبعياً احتمالياً محدداً على نقيض الكفالة[3].

---

[1] وكذلك عرف المشرع الكويتي الكفالة في المادة (745) من القانون المدني الكويتي بأنها " عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه ، بأن يتعهد للدائن بأنه إذا لم يؤده المدين " ، كما عرف قانون الموجبات والعقود اللبناني الكفالة في المادة (1053) منه بأنها " عقد بمقتضاه يلتزم شخص تجاه الدائن تنفيذ موجب المديونية إذا لم يقم هذا المديون بتنفيذه" .

[2] المادة 1067 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

[3] السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية) ، دار النهضة العربية ، 1970، ص56 .

ويرى جانب من الفقه أن التعهد الصادر عن المصرف والموجه للمستفيد بموجب خطاب الضمان ، هو صوره من صور الكفالة يتعهد به المصرف بكفالة عميله بالوفاء بدينه قبل الغير إذا لم يف به العميل نفسه وبذلك يوفر الائتمان والثقة للعميل تجاه المستفيد[1].

وعلى الرغم من التشابه بين خطاب الضمان والكفالة في كون كل منهما يضيف إلى ذمة مالية ذمة مالية ثانية مكلفه بموجب التزام قانوني أو بالاتفاق ، إلا انهما يختلفان فيما بينهما وذلك للأسباب التالية :

أولاً : الكفالة هي عقد يتم بارتباط الإيجاب والقبول فيما بين الكفيل والدائن المكفول دون أن يشترك المدين في هذا العقد ، بينما خطاب الضمان تعهد يصدره المصرف بناء على عقد إصدار خطاب الضمان فيما بين المصرف والعميل الآمر دون أن يكون المستفيد من خطاب الضمان (الدائن) طرفاً فيه ، فيكون خطاب الضمان أثر لهذا العقد .

ثانياً : أن عقد الكفالة عقد تابع لالتزام أصلي بين المدين والدائن ذلك لأن الغرض من الكفالة ضمان الوفاء بدين ، فهي تستلزم وجود التزام أصلي وتنقضي بانقضائه وهذه أهم خصائص الكفالة ، ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل يرتبط بإلتزام المدين الأصلي ، يدور معه في وجوده وصحته ومقداره الأقصى واستحقاقه وبقائه وإنقضائه[2].

أما التزام المصرف في خطاب الضمان فهو التزام مستقل ، والمصرف يلتزم أياً كان مركز المضمون وأياً كان مصير العقد بين المصرف والعميل أو مصير العلاقة بين العميل والمستفيد [3]، فلا يكون التزام المصرف في الخطاب تابعاً لالتزام المدين (العميل) من حيث صحته وبطلانه ،

---

(1) كمال طه ، مصطفى ، الموجز في القانون التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1973، ص 462.

(2) لسنهوري ، عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 106 .

(3) عوض ، علي جمال الدين ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، ص 370 .

فالتزام المصرف يوُجد بدون النظر الى مركز العميل أو مصير عقد الأساس أو عقد الاعتماد بالضمان ، وميز القضاء خطاب الضمان عن الكفالة بقوله : " البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميله ..... " [1].

ثالثاً : يترتب على التبعية في الكفالة بأن للكفيل التمسك بالدفوع التي للمدين الأصلي في مواجهة الدائن ، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون ، وله أن يتمسك بهذه الدفوع بالرغم من اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا . أما في خطاب الضمان فلا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد[2]، فالتزام البنك تعهد نهائي منقطع الصلة بالتزام العميل .

وكذلك فإن الكفيل يمكن أن يتمسك تجاه الدائن بحق التجريد ، بمعنى جواز الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين الأصلي أولاً ، أي أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل أن يرجع على المدين[3].

والمشرع الأردني لم يأخذ بحق التجريد ، وذلك باعتبار الكفيل متضامناً مع المدين فيكون الدائن مخير في مطالبة أي منهما ، ومطالبة الدائن لأي من الكفيل أو المدين لا تسقط حق مطالبته للآخر ، كما للدائن أيضاً أن يطالب الكفيل والمدين معاً في وقت واحد ، وبهذا نصت المادة (967) بفقراتها الثلاث من القانون المدني الأردني الذي جاء فيها : " 1. للدائن مطالبة

---

(1) طعن رقم 370 (مصري) لسنة 29 ق جلسة 1964/5/14 ، المشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات ، مرجع سابق ، ص 107.

(2) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 80 .

(3) تناغو ، سمير عبد الشيد ، اتلتأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، 1986 ، ص 79 .

الكفيل أو الأصيل أو مطالبتهما معاً . 2. وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما . 3. على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين ".

ومتى بدأ الدائن بمطالبة الكفيل وحده كان لهذا الأخير أن يطالب الدائن بتقديم ما يثبت أن المدين لم يقم بإيفاء الدين فيضطر الدائن عملياً للرجوع على المدين [1] .

وهو أمر لا نجده في خطاب الضمان ، كون التزام المصرف اتجاه المستفيد مجرد باعتبار التزام المصرف في الخطاب مستقل عن علاقة المصرف بالآمر ، وكذلك أيضاً عن علاقة الآمر بالمستفيد ، فلا يكون للمصرف التمسك بمواجهة المستفيد بالدفوع المستمدة من علاقته بالآمر ، كما لا يجوز أن يتمسك بالدفوع المستمدة من علاقة الآمر بالمستفيد .

وبذلك نجد أنه لا يمكن إطلاق تسمية الكفالة على خطاب الضمان ، كون كل منهما نظام قانوني مستقل عن الآخر بخصائصه وميزاته ، وأن أهم ما يميز خطاب الضمان عن الكفالة هو استقلال التزام المصرف فيه عن باقي العلاقات الأخرى ، فهو مستقل عن العلاقة بين الآمر والمستفيد أو العلاقة بين الآمر والمصرف ، كذلك يبقى التزام المصرف في الخطاب قائم عن عقد الاعتماد وعقد الأساس وأياً كان مصير عقد الأساس ، سواء بقي قائم أو أنقضى لبطلانه أو فسخه ، وهو الأمر الذي دعي العرف التجاري إلى إيجاد الخطاب كوسيلة ائتمان مصرفي يحقق الاستقرار المعاملات والفائدة لكافة الأطراف .

---

[1] عوض ، علي جمال الدين ، عمليات البنوك ، ص 389 .

الفرع الثاني

خطاب الضمان والاعتماد المستندي

ابتكر العرف المصرفي الاعتماد المستندي كوسيلة مضمونة لخدمة التجارة الدولية بغرض تسوية المشتريات والبيوع بضمان المستندات التي تمثل البضائع ، وذلك لإعطاء الثقة لكل من المُصَدر والمستورد بضمان حقوقهما في عقد البيع وتم إدخال المصارف في تلك العملية ، باعتبارها وسيط بين البائع والمشتري [1] .

وتم إطلاق هذه التسمية على الاعتماد المستندي استناداً للمستندات المرافقة له والتي تعتبر الأداة الوحيدة التي يتم التعامل بها بين أطرافه ، وحيازة البضاعة تكون للطرف الذي يحوز المستندات التي تمثلها [2]، بحيث يضمن للبائع (المستفيد) الحصول على قيمة البضاعة عند تقديمه المستندات المطلوبة والمحددة في الاعتماد ، وبذات الوقت فتح المجال للمشتري (الآمر) بدفع قيمة الصفقة أو حصوله على تسهيلات مصرفية بضمان البضاعة .

وقد عرفت محكمة التمييز الأردنية الاعتماد المستندي بأنه : " تعهد صادر عن البنك بناءً على طلب شخص يسمى (الآمر) أياً كانت طريقة تنفيذه أي سواء بقبول الكمبيالة أو خصمها أو بدفع مبلغ لصالح عميل يلتزم البنك بمقتضاه بدفع ثمن البضاعة للمستفيد (البائع) وفق شروط معينة ويفتح تنفيذاً لالتزام المشتري بدفع الثمن مما يعني أن الالتزامات المترتبة عن إنشائه ينحصر في ذمة طرفي العقد وهما المشتري والبنك ولا يتعداها إلى المستفيد من الاعتماد وهو البائع ، أي أن البائع لا يتحمل أي التزام ويبقى البنك ملزماً بدفع قيمة المستندات إلى المستفيد وبعد ذلك يضع

---

(1) صالح ، عبدالرزاق محسن ، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية ، مرجع سابق ، ص 24 .

(2) طه ، مصطفى كمال و البارودي ، علي ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت ، 2001 ، ص655 .

المستندات المتعلقة بشحن البضاعة تحت تصرف الأمر مقابل حصوله على قيمتها من الآمر، كما يلتزم المشتري (الآمر) بموجبه بدفع قيمة المستندات موضوع الاعتماد إلى البنك عند ورودها" [1].

وعرف المشرع العراقي الاعتماد المستندي في المادة (273) من قانون التجارة العراقي بأنه : " عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناءً على طلب الآمر بفتح الاعتماد بضمان مستندات تُمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل " .

كما عرف الفقه الاعتماد المستندي بأنه : " عقد يلتزم بمقتضاه البنك فاتح الاعتماد بوضع مبلغ معين من المال تحت تصرف عميله المستورد بناءً على طلبه لمدة معينة من الزمن أو الأجل لصالح شخص آخر (المُصَدر/ المستفيد) ضماناً لتسديد قيمة البضاعة المستوردة بضمان مستندات تُمثل البضاعة المشحونة يجري بموجبها السحب والدفع لدى البنك الذي نشأت فيه العلاقة " [2]، وعرفه البعض الآخر بأنه " تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (الآمر) لصالح الغير المُصدر (المستفيد) ، ويلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد ، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة " [3] .

والاعتماد المستندي عقد رضائي يقوم على الاعتبار الشخصي للعميل وينعقد بتوافر رضا أطرافه بحيث يلتزم البنك بتقديم التسهيلات الائتمانية بناءً على التزام عميله بالوفاء بقيمته مع الفوائد المتفق عليها والعمولات[1]، ويتميز الاعتماد المستندي باستقلاله عن عقد الأساس الذي فتح

---

(1) تمييز (حقوق) رقم 2011/1733 (هيئة خماسية) تاريخ 2011/10/18 ، منشورات مركز عدالة .

(2) الوادي ، كامل ، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقوانين المنظمة لها ، مطابع الدوحة الحديثة ، قطر ، الدوحة ، 2001 ، ص 17 .

(3) البارودي ، علي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، ص 376، مشار إليه في فهيم ، تامر ريمون ، ضمانات الائتمان المصرفي ، دار النهضة العربية ، مصر ، القاهرة ، 2012 ، ص 271 .

(1) المصدر سابق الذكر ، ص 17 .

الاعتماد بسببه ، وللاعتماد ثلاثة أطراف هم : العميل (المستورد) ، المستفيد (البائع) و المصرف فاتح الاعتماد ، كما يمكن أن يكون هناك طرف رابع وهو المصرف المراسل وهو المصرف الذي يستعين به المصرف مُصَدر الاعتماد في بلد المستفيد ، ويرتب الاعتماد آثاره فور إنعقاده وهو عقد مستقل عن عقد البيع بين المورد والمستورد .

أما مسؤولية المصرف عن تنفيذ الاعتماد فإنها تقتصر على مطابقة المستندات المقدمة من قبل المستفيد بخطاب الاعتماد ، دون أن يتحمل المصرف أية مسؤولية خاصة بالبضاعة نفسها[(2)]، فالمصرف لا يتحمل بأي حال من الأحوال أي التزام أو مسؤولية خاصة بالبضاعة بوجود المستندات المرافقة كما أنه لا يتحمل أية مسؤولية تتعلق بصحة أو زيف المستندات وذلك أن كان التزوير غير واضح ، وأكدت محكمة التمييز الأردنية ذلك بقرارها الذي جاء فيه " إن البنك الذي ينشئ الاعتماد هو الذي يدقق المستندات التي قدمها المستفيد ويتأكد من مطابقتها لخطاب الاعتماد ولا يقبل هذه المستندات إلا إذا كان بينها وبين شروط الخطاب تطابق كامل وإن وجد فيها اختلافاً رفضها ...." [(3)].

مما تقدم وبعد استعراض الباحث للسمات الأساسية للاعتماد المستندي ، توجب إظهار أوجه الشبه والاختلاف بين الاعتماد من جهة وبين خطاب الضمان من جهة أخرى ويمكن حصرها بما يأتي :

[(2)] وبذلك جاء قرار محكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم (2005/1215) تاريخ 2005/5/29 الذي قالت فيه : " من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن الاعتمادات المستندية تنشئ التزاماً على البنك فاتح الاعتماد تجاه عميله بأن يتفحص المستندات المسلمة إليه من المستفيد تنفيذاً للاعتماد وأن يراقبها بغيابه وأن يتقيد بتعليمات العميل ومن مطابقة هذه المستندات إلى شروط الاعتماد ولا تمتد إلى فحص البضاعة ....".

[(3)] تمييز (حقوق) رقم 1988/316 (هيئة خماسية) تاريخ 1989/2/7 ، منشورات مركز عدالة .

أولاً : أوجه الشبه :

1. الاعتماد المستندي وخطاب الضمان من ابتكار العرف المصرفي نتيجة الحاجة العملية للمعاملات والبيوع التجارية بقصد تسهيل المعاملات التجارة الدولية وحماية الأطراف المختلفة.

2. يتميز كل من الاعتماد المستندي وخطاب الضمان بصفة استقلالية التزام المصرف تجاه المستفيد ، حيث لا يستطيع المصرف في الاعتماد المستندي التمسك بأي من الدفوع المستمدة من عقد الأساس أو عقد فتح الاعتماد المستندي ، كما نجد أن مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان يظهر بكون علاقة المصرف بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقة المصرف بالعميل (الآمر) ، إذ أن المصرف يلتزم بمجرد إصداره لخطاب الضمان و وصوله إلى المستفيد بالوفاء بقيمته عند أول مطالبة من هذا الأخير ، كما نجد الاستقلالية بأن التزام المصرف في كل منهما نهائي ومستقل عن باقي العلاقات بحيث يبقى التزام المصرف قائم حتى لو أبطل عقد الأساس .

3. تُحدد صيغة كل منهما نطاق التزام البنك ، إذ يرجع إليها وحدها لمعرفة شروط تطبيقه ومحتوى التزام البنك [1] ، فصيغة كل من الخطاب والاعتماد هي وحدها التي تحدد مدى التزام المصرف في كل منهما دون النظر الى غيرها أو الرجوع الى عقد الاساس .

---

[1] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 129 .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

1. من حيث هدف كل منهما :

إن الهدف الذي وجد من أجله الاعتماد المستندي هو تسوية عقود البيوع المبرمة بين المُصدر والمُستورد ، إذ يهدف الاعتماد المستندي إلى ضمان حصول البائع على الثمن من جهة وضمان للمشتري بحصوله على البضاعة وفق ما اشترط عليه في العقد .

أما خطاب الضمان يهدف إلى تعويض المستفيد عن الأضرار التي تلحق به من جراء عدم تنفيذ الآمر لالتزاماته التعاقدية أو سوء تنفيذه لها [1].

2. من حيث وقت الاستحقاق :

يتوقف إستحقاق قيمة الاعتماد المستندي على تقديم المستفيد منه المستندات الموضحة في الاعتماد وفي الميعاد المحدد [2]، أما في خطاب الضمان فالمصرف يلتزم بالدفع فوراً لدى أول مطالبة من المستفيد أو لدى تقديمه مستند مشار إليه في الخطاب .

3. من حيث إثبات الغش :

إثبات الغش في الاعتماد المستندي يكون متى تبين للمصرف عدم مطابقة المستندات التي تقدم بها المستفيد من الاعتماد ، أو متى تبين للمصرف تزوير تلك المستندات ، بينما إثبات الغش في الخطاب يُعد أمراً يصعب إثباته ، ، فالمصرف بموجب تعهده في الخطاب يلتزم بصفته أصيل ولا يراقب حسن تنفيذ العميل (الآمر) لالتزاماته في عقد الأساس لصالح المستفيد فليس بينهما تبعية [3]، ذلك كون الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على

---

(1) صالح ، عبدالرزاق محسن ، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية ، مرجع سابق ، ص 26 .

(2) طه ، مصطفى كمال و البارودي ، علي ، القانون التجاري ، مرجع سابق ، ص 665 .

(3) بين الباحث سابقاً بأن عدم تبعية التزام المصرف في خطاب الضمان هو أبرز ما يميز خطاب الضمان عن الكفالة .

تحقق شرط ولا حلول أجل ولا يغير ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب [1] . فليس للمصرف التمسك في مواجهة المستفيد من الخطاب بأي من الدفوع المستمدة في عقد الأساس ، فصيغة الخطاب وحده هي التي تحكم العلاقة ما بين المصرف والمستفيد ، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة كشف غش المستفيد وإثباته من قبل المصرف .

إما في خطابات الضمان المشروطة من الممكن أن يعلق الوفاء في الخطاب على تحقق شرط أو أجل ، ويجب أن يكون هذا الشرط أو الأجل مرتبطاً بواقعة ترجع إلى المستفيد [2] ، ويتوجب ذكر هذا الشرط في الخطاب ذاته تطبيقاً لمبدأ استقلالية خطاب الضمان عن عقد الأساس ، وانفصال الخطاب وعدم ارتباطه باي علاقة أخرى غير علاقة المصرف بالمستفيد من الخطاب .

وأكدت محكمة التمييز الأردنية على هذا الاستقلال بقولها : " لخطاب الضمان خصاص وشروط لا تتوافر في الكفالة المدنية أولها أن يكون التزام البنك أو المؤسسة المالية التي تصدر الكفالة مستقلاً عن التزام عميله المكفول وأن يكون لهذا الخطاب الكفاية الذاتية ..... " [3].

وهذا ما أكدته أيضاً محكمة الاستئناف الأردنية [1] بقولها : " استقر العرف المصرفي والقضاء على شروط يجب توافرها في الكفالات المصرفية (خطابات الضمان) وهذه الشروط هي : .... 2. ان يتمتع الخطاب بكفايته الذاتية بحيث لا يرتبط استحقاق الدين بعنصر خارجي ."

---

(1) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 81 .

(2) المرجع السالف الذكر ، ص 137 . " فللمتعاقدين أن يعلقا وفاء الضمان على ما يشاءان من الشروط دون أن تتغير صفته ما دامت هذه الشروط غير راجعة إلى العميل أو البنك الضامن ، ولو كانت هذه الشروط متعلقة بعقد الأساس ، فإذا لم يتحقق الشرط بصفته النهائية فقد الضمان فاعليته " . ذات المرجع ، ص 139 . والمستندات التي يعلق عليها وفاء الضمان كثيرة ، يجمعها أنها تحدد وترد في خطاب الضمان ، وأنها تقيم دليلاً على دين المدعي أو تجعل من الراجح ثبوته ، وهو الذي طلب تنفيذ الضمان وفاء له ويكون صادراً من الغير (كقرار تحكيم أو حكم محكمة صادر على الآمر ، أو محضر خبرة يقرر عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أو التأخير ، أو شهادة صادرة من مكتب خبرة ، أو من المستفيد نفسه كفاتورة قدمها ولم تدفع) ويجب أن تثبت أو تجعل من الراجح الدين المدعى به من قبل المستفيد : مثلاً كأصل العقد أو إقرار بعدم التنفيذ موثق من بنك ثالث أو من الغير ، أو إثبات لعدم تنفيذ المدين إلتزامه (كإنذار أو إعذار للآمر لم يعقبه التنفيذ) أو مستخلصات الأعمال . المرجع سالف الذكر ، ص 257 . " ويلاحظ أن اشتراط الخطاب على المستفيد لتسييله تقديم قرار تحكيم في موضوع العقد الأساس بينه وبين الآمر يفسد استقلال الخطاب ويربطه بعقد الأساس ويقلبه إلى كفالة تابعة للعقد الأساس " . جافلدا وستوفليه ، في مقالهما بالمجلة الفصلية 1980 ص 17 رقم 15 ، مشار إليه في المرجع سالف الذكر ، ص 257 .

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1989/1038 (هيئة ثلاثية) تاريخ 1990/4/16 ، منشورات مركز عدالة .

وبذلك قالت أيضاً محكمة النقض المصرية بقرارها الذي جاء فيه " خطاب الضمان – كباقي الأوراق التجارية – له استقلاليته وكفايته الذاتية، بمعنى أن: الوفاء به لا يتوقف على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل، ولا يُغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المُستفيد منه " [2].

ومتى ما تقدم المستفيد بطلب تنفيذ الخطاب ، على المصرف التحقق من استيفاء طلب المستفيد لشروط وأحكام الخطاب ، شأنه كشأن المصرف الذي يدفع تنفيذاً للاعتماد المستندي . فعلى المصرف عند فحصه لعبارة الخطاب أن يفسرها كما يفسر عبارة خطاب الاعتماد المستندي أي أن يراعي منتهى الدقة المعقولة[3]، فيجب على المصرف أن لا يدفع للمستفيد إلا إذا تحققت الشروط وقدمت المستندات المعينة في الخطاب دون اعتداد بغير هذه الشروط وتلك المستندات .

فمصلحة المصرف عند مطالبته من قبل المستفيد بقيمة الخطاب أن يبذل العناية المطلوبة في التحقق من شروط الخطاب والمستندات المقدمة[4]، وذلك كشرط لرجوع المصرف بالمبلغ الذي دفعه على عميله الآمر ، فإذا دفع المصرف دون توافر هذه الشروط كان مخطئاً وتعذر عليه الرجوع على عميله الآمر أو امتنع عليه حبس التأمين الذي يكون قد تلقاه منه [1] ، وهذا ما استقر عليه القضاء المصري الذي جاء في أحد أحكامه : " لا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا

---

[1] قرار محكمة الاستئناف رقم 1992/482 (هيئة خماسية) تاريخ 1992/4/14 ، منشورات مركز عدالة .

[2] نقض مدني في الطعن رقم 1342 لسنة 49 قضائية جلسة 1980/12/12 .كذلك قرار محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه " أنه لما كان الأصل في خطاب الضمان إلا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ، ولا يغير من ذلك أنه يرتبط لتنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من خطاب الضمان .... فإذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله ، فإن علاقة البنك والشروط التي ارتبط بها يحكمها هذا الخطاب وحده ، وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها ، حتى إذا ما طولب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليها المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً " . نقض مصري جلسة 1980/12/22 ، مشار إليه في محمود ، الكيلاني ، عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 341 .

[3] ستوفليه رقم 44 ، دوم رقم 198 ، مشار إليه في المرجع سالف الذكر ص 288 .

[4] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 285 . لذلك على المصرف أن يرفض صيغة الخطاب الغامضة والتي لا يستطيع التحقق منها متى ما تقدم المستفيد بمطالبته ، لكي لا يتحمل المصرف نتيجة هذا الغموض في الصيغة .

[1] نقض مصري تاريخ 1985/12/30 ، مجموعة الخمس سنوات 1985 ، ص 66 ، مشار إليه في عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 267 .

يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل (كما هي في خطاب الضمان) ، وإلا تحمل البنك مسئولية الوفاء " [2] .

ويجد الباحث أن كل من الاعتماد المستندي وخطاب الضمان يشتركان بصفة استقلال كل منهما عن العلاقات الأخرى وعقد الأساس ، كما يكمل كل منهما الآخر فالاعتماد أوجده العرف التجاري كضمانة للبائع لتحصيله الثمن من المشتري ، بينما الخطاب أوجده العرف التجاري كضمانة للمشتري بتنفيذ البائع لالتزاماته في عقد الأساس .

[2] نقض مصري ، طعن رقم 1013 لسنة 30 ق في 30 ديسمبر 1985 ، مشار إليه في المرجع السالف الذكر ، ص 288 .

الفصل الثالث

الغش في خطاب الضمان

تنشأ العلاقة بين المصرف والمستفيد من خلال خطاب الضمان والذي وجد كضمانة لتنفيذ العميل (الآمر) لالتزاماته في عقد الأساس ، ومتى ما تقدم المستفيد بمطالبته للمصرف بقيمة الخطاب توجب على هذا الأخير تنفيذ التزامه الوارد في الخطاب فوراً ، ما دام مطالبة المستفيد كانت في حدود التزام المصرف وقدم المستفيد مطالبته بحسن نية وذلك تطبيقاً لقواعد خطاب الضمان ، وما دام مارس حقه في خطاب الضمان دون غش .

إلا أنه على الرغم من قيام العميل الآمر من تنفيذ التزاماته الواردة في عقد الأساس فقد يستغل المستفيد خطاب الضمان ويبادر إلى مطالبة المصرف بقيمة الضمان غشاً منه ، مستغلاً بذلك طبيعة وخصائص خطاب الضمان والتي من أهمها استقلاليته .

وضرورة البحث تُوجب الحديث بداية عن ماهية استقلال التزام المصرف في الخطاب باعتباره القاعدة العامة (مبحث أول) ، من ثم تناول الاستثناء عليها وهو الغش في خطاب الضمان وما يترتب عليه من آثار (مبحث ثاني) .

المبحث الاول

ماهية استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان

ذكرنا سابقاً في الفصل الأول عند تناولنا للخصائص التي يمتاز بها خطاب الضمان بأن من أبرز ما يمتاز به هو استقلاله عن عقد الأساس ، والذي يترتب عليه بأن المصرف ليس مطالب بالتحقق من تنفيذ التزامات كل من المستفيد والآمر في عقد الأساس ، كما لا يستطيع المصرف التمسك بمواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من عقد الأساس [(1)] ، وأشار الباحث وقتها بأن الحديث في هذه الخاصية سيتم من خلال إفراد مبحث مستقل ليتم تفصيل هذا المبدأ الهام وهو ما سيتناوله الباحث في هذا المبحث (مطلب أول) ، ومن ثم الحديث عن خصائص استقلال خطاب الضمان (مطلب ثاني) .

المطلب الأول

مبدأ استقلال الخطاب

سيتناول الباحث الحديث في هذا المطلب عن مبدأ استقلال الخطاب ، باعتباره ومن اهم الخصائص والمزايا للخطاب ، حيث يمكن اعتباره روح وجوهر الخطاب ، ولأهمية مبدأ استقلال الخطاب ومن أجل تناوله من جميع جوانبه وإبراز أثره ، سيتم الحديث عن مضمون مبدأ استقلال الخطاب (فرع أول) ومن ثم الحديث عن فوائد ومزايا مبدأ استقلال الخطاب (فرع ثاني) ، وذلك على النحو التالي :

[(1)] نصت المادة (358) من قانون التجارة المصري على أنه : " لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو علاقة الآمر بالمستفيد " .كذلك نص المشرع العراقي في قانون التجارة بالمادة (29) على الآتي : " لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالآمر أو المستفيد ، أو علاقة الآمر بالمستفيد " .

الفرع الأول

مضمون مبدأ استقلال خطاب الضمان

من أهم سمات وخصائص الخطاب هو استقلاله وتجرده عن باقي العلاقات الأخرى ، وهو ما أكدته كل من التشريعات التي قامت بتنظيم خطاب الضمان والقضاء والاتفاقيات الدولية وكذلك الفقه .

ويرجع ذلك للوظيفة التي وجد من أجلها خطاب الضمان باعتباره من أهم وسائل الائتمان المصرفي ، وكونه وُجد أيضاً بسبب عقد الأساس ونظراً لتعدد وتشعب العلاقات الناشئة عنه ، فإن أهم ما يميز خطابات الضمان هو مبدأ استقلالية خطاب الضمان عن عقد الأساس ، فالمصرف بموجب تعهده في الخطاب يلتزم بصفته أصيل ولا يراقب حسن تنفيذ العميل (الآمر) لالتزاماته في عقد الأساس لصالح المستفيد فليس بينهما تبعية [(1)] . وهو ما يعبر عنه " بشرط الكفاية الذاتية" .

والكفاية الذاتية إحدى خصائص الأوراق التجارية ، وتعني أن السند الذي يمتاز بها لا يحتاج حامله لإثبات حقه فيه إلى غير ذلك السند ، أي أن هذا السند يكفي بحد ذاته بما يتضمنه من البيانات للحكم على أساسه بما تضمنه [(2)] . فلا يحتاج المصرف للبحث من جانبه والنظر إلى عقد الأساس ليعرف فيما إذا للمستفيد في خطاب الضمان حق أم لا .

---

(1) بين الباحث سابقاً بأن عدم تبعية التزام المصرف في خطاب الضمان هو أبرز ما يميز خطاب الضمان عن الكفالة .

(2) الكيلاني ، محمود ، عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 343 .

فمبدأ استقلال الخطاب يعني انفصال الخطاب وعدم ارتباطه باي علاقة أخرى غير علاقة المصرف بالمستفيد من الخطاب ، وبذلك يكون الخطاب والتزام المصرف فيه مستقل عن علاقة المستفيد بالآمر أو عن علاقة الآمر بالمصرف .

فالتزام المصرف في الخطاب مجرد ومنفصل عن عقد الأساس ولا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ، ولا يغير ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب [3] ، ذلك لكون التزام المصرف بات ونهائي فلا يعتبر كل من المصرف والآمر متضامنين . لأنه لو فرض ذلك فإنه يفترض تعدد روابط الدائن بالمدينين بمحل واحد وهذا غير موجود لأن محل التزام المصرف مختلف عن محل التزام العميل المدين[4].

وأكدت محكمة التمييز على هذا الاستقلال بقولها : " لخطاب الضمان خصاص وشروط لا تتوافر في الكفالة المدنية أولها أن يكون التزام البنك أو المؤسسة المالية التي تصدر الكفالة مستقلاً عن التزام عميله المكفول وأن يكون لهذا الخطاب الكفاية الذاتية ..... " [1].

وبذلك قضت أيضاً محكمة النقض المصرية بقولها : " أنه لما كان الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ، ولا يغير من ذلك أنه يرتبط لتنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من خطاب الضمان .... فإذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله ، فإن علاقة البنك والشروط التي ارتبط بها يحكمها هذا الخطاب وحده ، وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها ، حتى إذا ما طولب بالوفاء في

---

(3) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 81 .

(4) الكيلاني ، محمود ، عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 324 .

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1989/1038 (هيئة ثلاثية) تاريخ 1990/4/16 ، منشورات مركز عدالة .

أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليها المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً " [2].

وكذلك التزام المصرف مستقل عن علاقة الآمر بالمستفيد ، وعلى ذلك فإن إبراء المستفيد للآمر لا يؤثر على التزام المصرف ، وعلى المصرف متى تلقى مطالبة من المستفيد دفع قيمة الخطاب لهذا الأخير ، ولا يكون للآمر الاعتراض على الدفع مستنداً على إبراء المستفيد له وإنما يكون له الحق بمقاضاة المستفيد فيما قبضه دون وجه حق ، وبذلك قالت محكمة النقض المصرية بقرارها الذي جاء فيه : " ويكون على المدين أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد ، أو أن مديونته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك " [3].

كما أن بطلان عقد الأساس الذي بسببه صدر الخطاب أو فسخه فإن ذلك كله لا يؤثر على التزام المصرف في الخطاب ، فالتزام المصرف بالخطاب مجرد ولا يجوز له التمسك بأي دفع مستمد من علاقته مع الآمر في مواجهة المستفيد[1].

كذلك أيضاً فإن مبدأ الاستقلالية يمتد ليشمل استقلال التزام المصرف في الخطاب عن علاقة المصرف بالآمر ، فلا تؤثر أية علاقة فيما بين الآمر والمصرف على التزام المصرف في الخطاب كأن يتخلف الآمر عن تقديم غطاء الخطاب أو دفع العمولة المترتبة عليه للمصرف ، أو عدم

---

(2) نقض مصري جلسة 1980/12/22 ، مشار إليه في ، محمود ، عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 341 .

(3) حسني ، أحمد ، قضاء النقض التجاري ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1975 ، ص218 .

(1) " فالتزام البنك في الخطاب قائم في ذاته ويوجب عليه الأداء ولو أبطل التزام العميل قبل المستفيد أو فسخ ، وشأن العميل بعد ذلك والمستفيد يقاضيه لاسترداد ما قبضه من البنك بدون وجه حق وكل رأي أو تفسير يهدف إلى ربط التزام البنك بالتزام العميل أو إلى إقامة علاقة السببية بينهما ينبغي ان يستلعد لأنه يقوض خطابات الضمان من أساسها ويقضي على الفائدة المرجوة منها " . شفيق ، محسن ، القانون التجاري جزء 2 ، طبعة 1968 ، فقرة 547 ، مشار إليه في الكيلاني ، محمود ، عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 340 .

استقرار الوضع المالي للآمر ، فالمصرف يفترض فيه عند تعهده في الخطاب وإصداره له لمصلحة المستفيد التأكد من تلك الأمور وتوافقه مع عميله الآمر [2].

فليس للمصرف التمسك بمواجهة المستفيد بأي دفع مستمد من علاقة الآمر بالمستفيد ، وبهذا جاء قرار محكمة التمييز الأردنية في قرارها الذي قالت فيه : " تعهد البنك بموجب الخطاب هو التزام منقطع الصلة بالتزام الآمر ومديونيته وذلك لأن خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها من الناحية القانونية بالعلاقة بين البنك والعميل أو العميل والمستفي" [3].

الفرع الثاني

فوائد ومزايا مبدأ استقلال الخطاب

ومما تقدم كله نجد بان خطاب الضمان يعود بالفائدة على كافة الاطراف ، فالمستفيد من الخطاب يطمئن إلى حقه في الخطاب ، فحق المستفيد في الخطاب بات ونهائي لا يمكن الرجوع فيه ، فلا يستطيع الآمر إيقاف دفع المصرف لقيمة الخطاب ، فالمستفيد يجد في الخطاب ضماناً مؤكداً لكونه يصدر من مصرف يتمتع بسمعة تجارية وملاءة مالية [1].

وبذلك يطمئن المستفيد إلى تنفيذ اللآمر لالتزاماته في عقد الأساس ، فالتزام العميل بعدم الاعتراض على الدفع يعد من الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتقه ، وذلك تجسيدا لمبدأ الاستقلال الذي يمييز خطاب الضمان .

---

[2] " فالمصرف لا يصدر الخطاب إلا بناء على طلب عميله الذي يثق فيه وبمركزه المالي وفي هذه الحالة يصدر المصرف الخطاب بدون غطاء ،كذلك الأمر إذا كان طالب إصدار الخطاب أحد البنوك الأجنبية من الدرجة الأولى ، وإن كان الآمر ليس من عملاء المصرف وليس له تعامل سابق معه ، المصرف عندها يطالب العميل بتقديم غطاء للخطاب قد يصل لكامل قيمة الخطاب ." بذلك قال الكيلاني ، محمود ، عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 376 .

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1996/1522 (هيئة خماسية) تاريخ 1996/10/15 ، منشورات مركز عدالة .

[1] العبدلي ، موفق علي ، آثار خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 6 .

والمصرف لا يستطيع العدول عن تنفيذ التزامه في الخطاب لسبب خارجي عن الخطاب ذاته ، فلا يستطيع المصرف الدفع بعدم تنفيذ الخطاب لسبب يعود إلى علاقته بالآمر كأن يتبين له إفلاس هذا الأخير ، ويطمئن بذلك المستفيد الى تعهد البنك بأن يدفع له النقود بموجب خطاب الضمان مستند الى مركز البنك المالي وسمعته بأن ذلك يكفي للمستفيد أن يستند الى توقيع البنك دون أن يؤدي ذلك خروج أي مبلغ من خزانة البنك ، ويقال في هذا الصدد ان البنك أقرض توقيعه[2].

أما الآمر فعند تقديمه لخطاب ضمان لصالح المستفيد ، فهو يتفادى حجز مبلغ التأمين النقدي لدى المستفيد وبالتالي حرمان الآمر من مختلف أوجه الاستثمارات المتاحة لهذا المبلغ [1]، وبذلك يستطيع الآمر السير بتنفيذ التزاماته الباقية واستكمال المشروع دون أن يقلق بأن تزول الضمانة التي قدمها – خطاب الضمان – ، فالمصرف بموجب الخطاب ملتزم بشكل نهائي وقطعي ولا يستطيع التنصل عن تعهده للمستفيد .

أما الفائدة العملية لهذا المبدأ وأهميته بالنسبة للمصرف تتمثل في الأرباح التي يجنيها المصرف المتمثلة بالعمولات والفوائد التي يتقاضاها المصرف من المتعاملين معه [2]، فالتزام المصرف في الخطاب مستقل عن أية علاقة أخرى خارج الخطاب ، فهو مستقل عن عقد الأساس وكذلك عن عقد الاعتماد فيما بين المصرف والآمر ، فالعميل لا يستطيع الدفع ببطلان أو فسخ عقد الأساس عند رجوع المصرف عليه بقيمة الخطاب ، وبذلك يضمن المصرف الحصول على ما تكبده من مبالغ قام بدفعها لصالح المستفيد دون أن يكون للآمر الاعتراض على الدفع ودون التمسك بأي سبب خارج الخطاب ذاته .

---

(2) البارودي ، علي ، الأوراق التجارية ، منشأة المعارف ، 1977 ، ص 388 ، وكذلك شحاته ، حياة ، مخاطر الائتمان المصرفي ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، 1989 ، ص 294 .

(1) صالح ، عبدالرزاق محسن ، خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 2 .

(2) العبدلي ، موفق علي ، آثار خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 6 .

المطلب الثاني

خصائص استقلال خطاب الضمان

بين الباحث سابقاً بان التزام المصرف في خطاب الضمان مجرد ومستقل عن علاقة المصرف بالآمر وكذلك عن علاقته بالمستفيد ، باعتبار أن خطاب الضمان منفصل عن عقد الأساس الذي وُجد بسببه وعن عقد الاعتماد ، ويبرز هذا الاستقلال عندما يعبر المصرف في الخطاب عن التزامه بالدفع عند أول مطالبة من قبل المستفيد ودون الالتفات إلى أي معارضة من قبل الآمر وأياً كان مصير عقد الأساس ، ودون أن يكون للمصرف التمسك في مواجهة المستفيد بأي دفع خارج الخطاب ذاته ، وسيتناول الباحث في هذا المطلب الحديث عن خصائص استقلال التزام المصرف في الخطاب (فرع أول) ، ثم الحديث عن النتائج المترتبة على هذا الاستقلال (فرع ثاني) .

الفرع الأول

خصائص استقلال التزام المصرف في الخطاب

أولاً : التزام المصرف في الخطاب التزام أصلي :

التزام المصرف في خطاب الضمان أصلي فهو لا يتبع أية علاقة أخرى سواء بين المصرف و الآمر أو غيرها من العلاقات ، بمعنى أن المصرف يلتزم أياً كان مركز المضمون وأياً كان مصير العقد بين المصرف والعميل أو مصير العلاقة بين العميل والمستفيد [1].

[1] عوض ، علي جمال الدين ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، ص 370

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها : " البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميله ..... " [2] .

فالتزام المصرف في الخطاب ليس تبعياً كما هو الحال في عقد الكفالة وإلا كان للمصرف ان يتمسك بمواجهة المستفيد بالدفوع التي للآمر قبل هذا الأخير ، وهذا ما يفقد خطاب الضمان أهمية وجوده .

كما لا يعتبر التزام المصرف في الخطاب وكالة ، فلا يوجد أي ارتباط بين التزام المصرف بدفع قيمة الخطاب لصالح المستفيد وبين علاقة الآمر في المستفيد ، فكل من المصرف والعميل ملتزم قبل المستفيد التزاماً أصلياً وبقاء دين كل منهما مستقل عن الآخر ، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء فيه : " التزام المصرف بالوفاء للمستفيد التزام أصيل لا بالوكالة عن العميل "[3].

ثانياً : التزام المصرف في الخطاب التزام مجرد :

ويقصد بذلك أن إلتزام المصرف ينشأ مباشرة من خطاب الضمان ، والتزام المصرف في الخطاب التزام أصلي ومستقلاً تماماً عن كل العلاقات التي يمكن ان تكون بين أطراف خطاب الضمان ، وإن المصرف يلتزم بالوفاء دون أن يكون له التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي يجوز له التمسك بها في مواجهة العميل ، كما لا يجوز للمصرف أن يتمسك قبل المستفيد بالدفوع التي تكون للعميل الآمر في مواجهة المستفيد[1].

---

[2] طعن رقم 370 (مصري) لسنة 29 ق جلسة 1964/5/14 ، المشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات ، مرجع سابق ، ص 107.

[3] طعن رقم 106 جلسة 1973/3/14 ، مشار إليه في حسني ، أحمد ، قضاء النقض التجاري ، منشأة المعارف ، 1982 ، ص 218 .

[1] الشماع ، فائق ، العمليات المصرفية ،كلية الادارة والاقتصاد ، جامعة بغداد ، بلا سنة طبع ، ص 328 .

وهذه الصفة تقضي على التزام المصرف في الخطاب عدم تمسكه بمواجهة المستفيد بأي دفع خارج الخطاب ، تضفي على التزام المصرف نوع من التشديد بحيث لا يستطيع التمسك بالمقاصة كما في وديعة النقود ، فيتوجب على المصرف الدفع فوراً للمستفيد بمجرد أول مطالبة من هذا الأخير ، وقد أكد القضاء في العديد من أحكامه على استقلال خطاب الضمان على نحو يمتنع على المصرف الذي أصدره الامتناع عن الوفاء للمستفيد ولا يستطيع التمسك بالدفوع المخصصة للآمر " المدين " الناشئة عن علاقته بالمستفيد[2].

ثالثاً: التزام المصرف في الخطاب التزام قطعي :

يكون التزام المصرف في خطاب الضمان بدفع المبلغ المعين في الخطاب للمستفيد خلال المدة المحددة فيه دون قيد أو شرط ، ولا يحق للمصرف تعديله أو الرجوع عنه ، فالمصرف ملزم بالدفع للمستفيد بمجرد المطالبة وخلال المدة المحددة في الخطاب ولا يجوز للمصرف الامتناع مهما كانت الأسباب[1]، ودون أن يلتفت المصرف إلى أي معارضة من قبل الآمر ، وبغير ذلك يسأل المصرف عن حبس قيمة الخطاب دون أي أساس قانوني .

كما لا يكون للمصرف الامتناع عن دفع قيمة الخطاب للمستفيد بحجة عدم وجود ضرر ، باعتبار عدم جواز المصرف رفض اداء قيمة الخطاب للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالآمر أو علاقة الآمر بالمستفيد كالإبراء ، والقول بغير ذلك يُفقد الخطاب ميزته .

فلا يكون للآمر الاعتراض على الدفع مستنداً على إبراء المستفيد له وإنما يكون له الحق بمقاضاة المستفيد فيما قبضه بدون وجه حق ، وبذلك قالت محكمة النقض المصرية بقرارها الذي

---

(2) انظر حكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ 20\12\1982 مشار اليه في د. حياة شحاته: مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ، مرجع سابق . وانظر حكم محكمة الاستئناف الانجليزي في حكمها الصادر بتاريخ 9\12\1983 والمشار اليه في د.محمود الكيلاني : الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الرابع عمليات البنوك دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2014 . كذلك حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ 19\2\1963 والذي قضت فيه بأنه " لايجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالآمر أو الى علاقة الآمر بالمستفيد " .

(1) الشماع ، فائق ، العمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص 160 .

جاء فيه : " ويكون على المدين أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد ، أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك "[2].

وبذلك ذهبت محكمة استئناف باريس عندما قضت " بأن البنك الذي يمنح ضمانة لشركة في مواجهة مستفيد لا يستطيع رفض الوفاء وعدم الدفع لمجرد الاعتراض على الوفاء من قبل العميل ، وأنه إذا فعل يكون متعسفاً وسيء النية ويتوجب إدانته بتعويض الضرر "[1].

ويكون للمستفيد مطالبة المصرف بالتعويض لو تأخر في دفع قيمة الخطاب حتى لو لم يثبت الضرر ، إذ يفترض الضرر لمجرد عدم مبادرة المصرف بالدفع لدى الطلب أو وفقاً لشروط الخطاب ، كما أن مماطلة المصرف في الصرف قد يضعه في موقف الشخص سيء النية بما يعني زيادة قيمة التعويضات التي يحكم بها عليه[2].

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على استقلال التزام المصرف في الخطاب

يترتب على استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان نتائج عدة وهي :

أولاً : عدم احتجاج المصرف بالدفوع التي للعميل في مواجهة المستفيد :

إن السبب في طلب الآمر من المصرف بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد هو عقد الأساس المبرم فيما بين الآمر والمستفيد ، والذي وفق أحكام هذا العقد يتوجب على الآمر الطلب من المصرف بتقديم خطاب ضمان لصالح المستفيد .

---

[2] مشار إليه في حسني ، أحمد ، قضاء النقض التجاري ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1975 ، ص218 .

[1] مشار إليه في الكيلاني ، محمود ، مرجع سابق ، ص 325 . وبذلك قالت أيضاً محكة النقض المصرية بقرارها الذي قضت فيه " البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته المدين الأصلي في مواجهة المستفيد ، لا بوصف كونه نائباً عن عميله ، فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب أعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان " ، نقض مصري رقم 370 تاريخ 1964/5/14 مشار إليه في ذات المرجع ، ص 339 .

[2] عبدالحميد ، رضا ، النظام المالي في عمليات البنوك ، دون سنة نشر ، القاهرة ، ص 647 ، مشار إليه في الكيلاني ، محمود ، مرجع سابق ، ص 339 .

وعقد الأساس هو الذي يحكم العلاقة بين الآمر والمستفيد ، وكون خطاب الضمان مستقل عن عقد الأساس ، فهذه الاستقلالية تمنح المستفيد ضمانة قوية باقتضاء حقه الوارد في الخطاب ، فالتزام المصرف اتجاه المستفيد يحكمه خطاب الضمان نفسه وهو مستقل تماماً عن الالتزامات الناشئة بموجب عقد اصدار الخطاب بين المصرف والآمر ، وكذلك مستقل عن الالتزامات الناشئة بموجب عقد الأساس المبرم بين الآمر والمستفيد[1].

وباعتبار التزام المصرف في الخطاب التزام شخصي و أصلي وليس تبعي كما هو الحال بالكفالة ، فلا يكون للمصرف التمسك بمواجهة المستفيد بالدفوع التي تكون للمصرف التمسك بها في مواجهة الآمر ، كذلك أيضاً لا يكون للمصرف التمسك قبل المستفيد بالدفوع التي يكون للآمر التمسك بها قبل المستفيد ، فصيغة الخطاب هي وحدها التي تحكم العلاقة بين المصرف والمستفيد . وهي التي يتم الرجوع إليها وحدها لمعرفة شروط تطبيقه ومحتوى التزام المصرف [1].

فليس للمصرف التمسك بمواجهة المستفيد بأي دفع مستمد من علاقة الآمر بالمستفيد أو بعلاقة المصرف بالآمر، وبهذا قالت محكمة التمييز الأردنية في قرارها الذي جاء فيه : " تعهد البنك بموجب الخطاب هو التزام منقطع الصلة بالتزام الآمر ومديونيته وذلك لأن خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها من الناحية القانونية بالعلاقة بين البنك والعميل أو العميل والمستفيد "[2].

---

[1] العبدلي ، موفق علي ، آثار خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 25 .

[1] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 129 .

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1996/1522 (هيئة خماسية) تاريخ 1996/10/15 ، منشورات مركز عدالة .

ثانياً : عدم مسئولية المصرف عن الوفاء دون الرجوع للعميل :

من نتائج استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان ، أن المصرف غير ملزم بالرجوع للآمر واعلامه طلب المستفيد بمبلغ الخطاب ، وعدم ترتب أي مسئولية على المصرف متى ما قام بالدفع للمستفيد دون إخطار الآمر . فالتزام المصرف وفق خطاب الضمان هو التزام صارم فعليه الدفع فوراً وبدون تلكؤ [3].

وعلى هذا استقر أحكام القضاء المصري بقولها : " متى طولب البنك بالوفاء وتوافرت شروط الخطاب وجب عليه الدفع فوراً "[4]، وكذلك في قرارها الذي جاء فيه " البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل[1].

وعلى الرغم من أن العرف والعمل المصرفي جرى على إخطار العميل بحصول المطالبة بالوفاء ، إلا أن ذلك محل خلاف فيرى جانب من الفقه [2]ضرورة رجوع المصرف إلى العميل قبل أداء الوفاء ، ورجوع المصرف إلى عميله قبل الوفاء لا يكون بسبب أخذ رأي هذا الأخير بأن يدفع المصرف أو لا يدفع ، وإنما يكون الرجوع إلى العميل على أساس احتمال أن يكون لديه من أسباب لعدم دفع المصرف قيمة الخطاب كوجود حكم قضائي بعدم الدفع أو إبراء من المستفيد بذلك ، وعلل هذا الاتجاه رأيه بقوله بأن من واجب المصرف المحافظة على مصالح عميله ، وبهذا أخذت محكمة جنيف المدنية بقرارها الذي جاء فيه : " من حق الآمر الذي كلف البنك بإصدار الخطاب

(3) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 289 .

(4) نقض مصري تاريخ 1980 ، مشار إليه في المرجع سالف الذكر ، ص 289 .

(1) مشار إليه في عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 297 .

(2) المرجع سابق الذكر ، ص 305 .

أن يعتقد أنه سيخطره قبل وفائه ، وأنه لن يوفيه قبل إخطاره ليتخذ احتياطه وذلك ناشئ من واجب إخلاص البنك لعميله "[3].

وكذلك علل أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأن المصرف عند قيامه بالوفاء بقيمة الخطاب يعود على الآمر مطالباً إياه بما قام بدفعه ، ويلزم المصرف بالرجوع إلى عميله قبل الدفع لكي لا يفاجأ هذا الأخير ، كما أن المصرف مُلزم بإخطار عميله خاصة في الخطاب المشروط ، والمصرف بإخطاره هذا يأخذ شكل إجراء تحفظي من قبله كي يتأكد من قبل المستفيد بتحقق الشرط الوارد في الخطاب من عدمه [4].

وهناك جانب آخر من الفقه [1] من قال بعدم وجوب إخطار المصرف للآمر قبل الدفع ، وعلل هذا الجانب رأيه على اعتبار الصفة المستقلة لخطاب الضمان عن عقد الأساس، وأن المصرف بصفته أصيل وليس تابع ملزم بموجب خطاب الضمان بالدفع للمستفيد عند تلقيه أول مطالبه منه ، وليس هناك أي التزام على المصرف بإخطار عميله .

وهو ما أيدته محكمة النقض المصري بقرارها الذي جاء فيه : " لما كان البنك في إلتزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد ، لا بوصف كونه نائباً عن عميله وقد قام بصرف مبلغ الضمان للمطعون ضده وهو المستفيد ، فإنه ليس للطاعن – وهو العميل – أن يتحدى بوجوب أعذاره قبل صرف المبلغ المذكور "[2].

---

[3] مشار إليه في المرجع سابق الذكر ، ص 306 .

[4] بهذا قال الأستاذ مرعي ، مصطفى ، مشار إليه في عوض ، علي جمال الدين ، المرجع سالف الذكر ، ص 307-308 .

[1] أخذ الفقيه سيملر بهذا الأي بقوله " ما دام تعهد البنك في الخطاب مستقلاً فهو لا يلزم إلا بتنفيذ التزامه ولا يلزم بإخطار العميل أنه سينفذه " ، مشار إليه في عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 305 .

[2] قرار محكمة النقض المصري تاريخ 1964 ، مشار إلية في عوض ، علي جمال الدين ، المرجع سالف الذكر ، ص 309 .

وأيد هذا الرأي الفقيه بواتيبه بقوله " ليس للمصرف أن يستأذن عميله في الدفع أو الامتناع عنه لأن المصرف مسئول عن تنفيذ التزامه هو " [3]، وكذلك الأستاذ البربري بقوله : القول إذن برجوع البنك إلى عميله قبل الدفع فيه تعطيل للغاية التي قصدها الأطراف عندما أجازوا اقتضاء التأمين في شكل خطاب الضمان ، كما يؤدي إلى عدم قبول المصالح الحكومية لتلك الخطابات وإلزام المتعاقدين بتقديم تأمينات نقدية ، كما يحد من نشاط البنوك ويؤدي إلى حبس جانب كبير من النقود المتداولة " [4].

ويؤيد الباحث ما اتجه إليه هذا الفريق من الفقه الذي أخذ بعدم وجوب إلزام المصرف بإخطار العميل ، باعتبار إن القول بخلاف ذلك يتعارض مع طبيعة الخطاب الذي يلزم المصرف بصفته أصيل وليس تابع بالدفع للمستفيد عند أول مطالبة منه وينال من استقلال الخطاب ، كما أن إلزام المصرف بإخطار العميل أمر يعرقل سير عملية الخطاب إذا كان الآمر سيء النية الذي يعترض على الوفاء رغم أحقية المستفيد ، الأمر الذي ينفي الغاية التي وجد من أجلها الخطاب ويدعو المستفيد لطلب تأمينات نقدية للمحافظة على حقوقه .

إلا وأنه وفي حكم غريب صادر عن المحاكم الأمريكية والتي سمحت للعلاقات السياسية التأثير في المعاملات التجارية ، وقرر القضاء في حكمه بعدم أحقية المستفيد في خطاب الضمان بصرف قيمة الضمان ، حيث جاء في قرار الحكم : " بما أن عقد البيع الأساسي قد نص وبصراحة على أن في حالة إلغاء العقد لأسباب قاهرة ، تلتزم وزارة الدفاع الإيرانية دفع تكاليف التصنيع لغاية تاريخ إلغاء العقد ، وعليه تكون مطالبة وزارة الدفاع الإيرانية صرف المبلغ مقابل الضمان غير عادل واحتيالي – Unfair and Fraudulent – حيث سيلحق بالشركة الأمريكية أضرار غير

---

[3] مشار إليه في المرجع سابق ، ص 305 . كما أخذ الفقيه سيملر بهذا الرأي بقوله " ما دام تعهد البنك في الخطاب مستقلاً فهو لا يلزم إلا بتنفيذ التزامه ولا يلزم بإخطار العميل أنه سينفذه " .

[4] مشار إليه في المرجع سالف الذكر ، ص 307 .

قابلة للإصلاح ولا يمكن علاجها بسبب عدم وجود نص في العقد يعطي وزارة الدفاع الإيرانية الأحقية في المطالبة في التعويض "[1].

وتتلخص وقائع القضية " بأن وزارة الدفاع الإيرانية أبرمت عقد مع شركة أمريكية لتصنيع أجهزة رؤيا ليلية ، ويتضمن العقد شرط يسمح من خلاله لأي طرف إنهاء العقد قبل التنفيذ إذا ما حدثت قوة قاهرة يجعل معها صعوبة تنفيذ العقد ، ونتيجة للعقد تم إصدار اعتماد ضمان[2] من قبل FIRST NATIONAL BANK الأمريكي لصالح أحد البنوك الإيرانية ، يطلب منه إصدار خطاب ضمان لصالح وزارة الدفاع الإيرانية لضمان تنفيذ وإنجاز العقد .

وبعد مرور مدة من الزمن ونتيجة للأحداث السياسية الناتجة عن أحداث السفارة الأمريكية في طهران ، قاطعت الحكومة الفيدرالية الأمريكية جمهورية إيران الإسلامية وقامت الحكومة الأمريكية بإلغاء رخصة التصدير التي منحت سابقاً للشركة الأمريكية ، الأمر الذي أدى إلى عدم تمكن الشركة الأمريكية المضي قدماً في تنفيذ العقد ، وقامت بإلغاء العقد من طرف واحد مستندة بذلك بالقوة القاهرة والشرط الذي يجيز ذلك في عقد .

تقدم المصرف الإيراني بمطالبة المصرف الأمريكي الوفاء بقيمة اعتماد الضمان الصادر لصالحه ، الأمر الذي جعل الشركة الأمريكية تلجأ إلى القضاء الأمريكي متعللة بعدم أحقية وزارة الدفاع الإيرانية بمطالبتها ، مطالبة القضاء إصدار أمر قضائي يمنع فيه البنك الأمريكي من تنفيذ التزاماته ".

---

(1) ltek Corp v. First National Bank Harris Crp . v. National Iranian Radio and Television – 691 F.2d 1344 (1982) ، مشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات ، مرجع سابق ، ص 81 .

(2) كما ذكرنا سابقاً التشريع الأمريكي لا يسمح للمصارف بإصدار خطاب ضمان ، ولذلك ابتكرت المصارف الأمريكية ما يسمى (اعتماد ضمان) وهو نفس الية وهدف خطاب ضمان .

ويلاحظ بأن القضاء الأمريكي بقراره هذا ربط بين خطاب الضمان وعقد الأساس الذي صدر الخطاب بسببه ، مستبعد ومتجاهل مبدأ استقلال الخطاب وما يترتب على هذا الاستقلال من الفصل بين الخطاب وما سواه ، ولعل ذلك يشير إلى الآثر المترتب على العلاقات السياسية والتوتر بين الدول في التجارة الدولية .

والسؤال الذي يثار ما أثر بطلان عقد الأساس أو فسخه أو تعديله على التزام المصرف في خطاب الضمان ؟ وما أثر وجود الشرط أو أجل في الخطاب على التزام المصرف فيه ؟

قلنا أن التزام المصرف في خطاب الضمان مستقل عن عقد الأساس ، والمصرف لا يستطيع التمسك في مواجهة المستفيد من الخطاب بأي من الدفوع المستمدة في عقد الأساس ، فهذه الاستقلالية لالتزام المصرف في الخطاب يحرم المصرف من رفض دفع قيمة الخطاب عند مطالبة المستفيد له لسبب يعود إلى بطلان عقد الأساس أو فسخه أو تعديله .

وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية على هذا الاستقلال بقرارها الذي جاء فيه : " خطاب الضمان المصرفي هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة معينة ، وهذا الالتزام مجرد عن ظروف الآمر ويستقل عنه ، والتزام البنك فيه ليس بوصفه نائباً عن عميله ودون توقف على إرادة هذا الأخير ، متى تقدم إليه المستفيد بمطالبته في حدود قيمة الضمان ، ولما كان التزام البنك بمقتضى خطابه هو التزام مستقل عن التزام عميله فلا يكون من حقه أن يتحدى بدفوع الآمر لدى مطالبة المستفيد للبنك بالدين مثار النزاع " [1] .

---

[1] طعن رقم 15 سنة 1977 ، مشار إليه في أبو صفية ، باسم محمد ، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 65.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على عدم تأثير تعديل عقد الأساس على التزام المصرف في الخطاب ، وذلك في قرارها الذي جاء فيه : " عبارات الخطاب وحدها التي تحكم العلاقة بين البنك والمستفيد ، ويترتب على ذلك أن المقاول لا يملك الاحتجاج بأثر مثل ذلك التعديل ضد البنك ، إلا أن ثمة علاقة أخرى في خصوص خطابات الضمان بين المستفيد والمقاول وهذه العلاقة الأخرى التي يحكمها عقد المقاولة هي مستقلة تماماً عن العلاقة بين البنك والمستفيد ، وبمقتضى عقد المقاولة ، بعد أن طرأ عليه مثل هذا التعديل يجوز للمقاول الاحتجاج بأثره ضد المستفيد ، فالخصم الحقيقي في مثل هذه المنازعة هو المستفيد من خطاب الضمان وليس البنك"[2].

كما أن الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ولا يغير ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب [1] . ومن الممكن أن يعلق الوفاء في خطاب الضمان على تحقق شرط أو أجل ، على أنه يجب أن يكون هذا الشرط أو الأجل مرتبطاً بواقعة ترجع إلى المستفيد [2] ، على أن يتم ذكر هذا الشرط أو الأجل في ذات الخطاب دون الحاجة للرجوع إلى واقعة خارجة عن عنه .

---

[2] قرار المحكمة الإدارية المصرية مشار إليه في أبو صفية ، باسم محمد ، مرجع سابق الذكر ، ص 65 .

[1] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 81 .

[2] المرجع سالف الذكر ، ص 137 .

كما يثار سؤال حول إمكانية القول بأنه يتساوى البطلان المطلق لعقد الأساس والبطلان النسبي في بقاء وإستقلالية خطاب الضمان ؟

فرق بعض الفقه [3] بين البطلان المطلق والبطلان النسبي لعقد الاساس ، حيث قالوا بانه اذا كان البطلان في عقد الأساس بطلان مطلق فان ذلك يؤدي الى زوال خطاب الضمان ، اما البطلان النسبي فانه لا يؤدي الى بطلان عقد الأساس كون العقد باقي والبطلان اصاب جزء منه ، وبقاء الخطاب فيه مصلحة لطرفي العقد ولتنفيذ الزاماتهم في عقد الاساس .

إلا أن الاخذ بهذا القول يؤدي الى هدم مبدأ استقلال الخطاب عن عقد الأساس والذي يُعد جوهر الخطاب ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقرارها الذي جاء فيه : " المُقرر في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك وعميله، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمُقتضاها " [1].

---

[3] راجع (التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي) د. عبدالباقي البكري و د. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، ص 250 .

[1] نقض مدني في الطعن رقم 7304 لسنة 63 قضائية ، جلسة 1994/6/27 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 45 ، ص 1125 .

والسؤال الذي يثار أيضاً حول إمكانية اعتبار شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس المبرم بين العميل الآمر والمستفيد من الخطاب من الدفوع التي يمكن للمصرف او المستفيد الاحتجاج به لمنع الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد ؟

المصرف لا يستطيع التمسك بدفع مستمد من عقد الأساس ، وأن شرط التحكيم الوارد بعقد الأساس لا يمتد إليه وكذلك الاختصاص القضائي (2) . وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية في 1982/12/20 في قضية **cresot-loire** بأنه :

" اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يحول دون الوفاء بخطاب الضمان ". وسبق أن أكدت ذلك محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 1982/6/2 في قضية **Thomson C\S.F.** حيث قضت بعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي في مواجهة الضامن المقابل ، وإن كانت قد أسست قضاءها على أساس عدم امتداد القوة الملزمة لهذا الشرط إلى النزاع المتعلق بتنفيذ عقد الاعتماد بالضمان المقابل ، وليس على أساس استقلال هذا العقد الأخير (3) .

وتأسيساً لما لشرط التحكيم من قوة ملزمة تقتصر على أطرافه دون امتداد هذه الشرط إلى أطراف أو علاقات أخرى ، فلا يمكن للعميل (الآمر) والمستفيد من الخطاب الدفع بوجود شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس بمواجهة المصرف الضامن أو أي طرف آخر ، باعتبار أن عقد الأساس المبرم بين الآمر والمستفيد لم يكن المصرف الضامن أو ذلك الطرف الآخر طرفاً فيه .

---

(2) الكيلاني ، محمود ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2014، ص390.

(3) دباس ، باسمة ، شروط إتفاق التحكيم وآثارها ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ص 83 .

وهذا ما قضت به المحكمة التجارية بباريس في حكمها الصادر في 1982/10/15 في قضية (البرنامج النووي الإيراني) حيث تضمن عقد الاعتماد النص على أن كل المنازعات المتعلقة بهذه الكفالة يتم حلها وفقاً لشروط العقد المتعلقة بحل المنازعات ، ويقصد بذلك التحكيم[1] .

إلا أنه قد يحدث أن يرد شرط التحكيم في عقد الأساس المبرم بين العميل (الآمر) والمستفيد ، كما قد يرد شرط تحكيم آخر في عقد الاعتماد بالضمان المبرم ما بين العميل (الآمر) والمصرف الضامن ، ما قد يرد أيضاً شرط تحكيم آخر في العقد الذي يربط المصرف الضامن في خطاب الضمان بالمصرف الضامن المقابل ، وهنا تثور مشكلة تزاحم شروط التحكيم وتعددها لا بل قد تحيل تلك الشروط النزاع الذي قد ينشأ الى مركز تحكيم واحد للفصل بها .

وهنا يتبادر إلى الذهن سؤال حول إمكانية قيام مركز التحكيم بضم القضايا التحكيمية تلك على أساس وجود ارتباط بين أطرافها وموضوعها ؟

فصلت محكمة استئناف باريس في هذا الموضوع وذلك في حكمها الصادر في قضية **C.S.E.E** ضد بنك B.N.P حيث قضت بأن استقلال عقد الاعتماد بالضمان أي التزام البنك الضامن من شأنه أن يخلق نوعاً من الانفصال ليس فقط بين العقد الأصلي وعقد الاعتماد بالضمان ، ولكن أيضاً بينه وبين أطراف العقود الأخرى ، ويقصد بذلك أطراف عقد الاعتماد بالضمان المقابل[2] .

(1) المرجع سالف الذكر ، ص 87.

(2) المرجع سالف الذكر ، ص 95 .

المبحث الثاني

ماهية الغش في خطاب الضمان

والأصل في الالتزامات أن الشخص لا يلتزم إلا بما انصرفت إليه إرادته وارتضاه لنفسه، وقد أوجب القانون أن يتفق تنفيذ الالتزام مع مبدأ حسن النية ومع ما تقتضيه الأمانة في المعاملات [1]، ويقع على المصرف في خطاب الضمان التزام فحص شروط الخطاب . بالقدر الذي يلتزم به البنك في حالة الاعتماد المستندي ، فإذا ظهرت أدلة تدل على غش المستفيد أو قدم الآمر له هذه الأدلة، فعليه أن يتحقق من حسن نية المستفيد ، ولا يدفع له متى قام الدليل ظاهراً على وقوع غش منه[2].

الأمر الذي دفع بالعديد من التشريعات والقواعد الدولية التي عملت على تنظيم قواعد خطاب الضمان وكذلك الفقه والقضاء إلى إقرار عدم تنفيذ خطاب الضمان متى كان هناك غش صار من قبل المستفيد، وتوجه الباحث إليها لمعالجة القصور في قانون التجارة الأردني وذلك لبيان تعريف الغش في خطاب الضمان (مطلب أول) ، ومن ثم بيان شروط تحقق الغش المانع من الوفاء (مطلب ثاني) .

---

[1] نصت المادة (1/202) من القانون المدني الأردني على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية " .

[2] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 350.

المطلب الأول

تعريف الغش

يلتزم المصرف بالوفاء بالتزاماته الواردة في الخطاب والدفع للمستفيد قيمة الخطاب، وذلك دون أن يطالب المصرف المستفيد بأي تبرير أو تفسير متى ما كان الخطاب غير مشروط، أو بتقديم المستفيد للمصرف المستندات الوارد ذكرها في الخطاب ذاته، وللمصرف ان يمتنع عن الدفع متى قام طلب المستفيد على الغش .

أشار الباحث سابقاً إلى أن المشرع الأردني لم ينظم خطاب الضمان من ضمن مواد القانون التجاري، الأمر الذي يوجب على الباحث بيان تعريف الغش وفق التشريعات والاتفاقيات وما قال به الفقه .

الفرع الأول

تعريف الغش في الفقه والقضاء

أمام غياب النصوص القانونية في التشريع الأردني خصوصاً التي تحكم موضوع الغش في خطاب الضمان ، كان لا بد لمعالجة هذا النقص بفتح الباب على التشريعات المقارنة والفقه والأجتهاد القضائي لتحديد مفهوم الغش المانع من الوفاء كسبب لاستبعاد استقلال العلاقات في خطاب الضمان والذي يؤدي الى تعطيل الوفاء بقيمة الخطاب .

ومن خلال استعراض آراء الفقهاء والأحكام القضائية يظهر وجود اتجاهين في تحديد تعريف الغش المانع من الوفاء في خطاب الضمان، فالاتجاه الأول توسع في تعريف الغش المانع من

الوفاء أما الاتجاه الثاني عمل على تضييق تعريف الغش المانع من الوفاء، نتناول كل اتجاه على النحو التالي :

الاتجاه الأول : الاتجاه الموسع لفهوم الغش المانع من الوفاء

لم يقتصر أنصار[1] هذا الاتجاه عند تحديد مفهوم الغش المانع من الوفاء بمجرد الاستعانة بطرق ووسائل احتيالية ، بل ساوت مع كل مطالبة بقيمة الخطاب من قبل المستفيد مقترنه بسوء النية من قبله أو تعسف ظاهر في طلبه دون أن يقترن ذلك باستخدام المستفيد طرق احتيالية بمطالبته ، وعلى ذلك يجوز برأيهم الاحتجاج بالتعسف الظاهر بمواجهة المستفيد والامتناع من الوفاء له .

ويتصور ذلك في حالة قيام العميل الآمر بتنفيذ كافة التزاماته بموجب عقد الأساس المبرم بينه وبين المستفيد من الخطاب ، بمعنى عدم الوفاء بقيمة الخطاب متى صدر من المستفيد غشاً أو كان طلبه لا يستند إلى أي أساس قانوني .

ويقصد بالتعسف حسب هذا الاتجاه الخروج عن حدود حسن النية الواجب استعماله في الحقوق، كأن يهدف الشخص من وراء استعماله للحق إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو أن يقصد فقط من استعماله للحق الإضرار بالغير، أو أن تكون المصلحة من وراء هذا الأستعمال أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الغير[1].

---

[1] Stoufflet , J.C.P. 1984 not sous cass . Com . 17-10-1984 , N.20436.

حيث عرف الغش المانع من الوفاء للمستفيد بأنه " استخدام المستفيد للضمانة بقصد الإضرار بالعميل المتعاقد استخداماً يؤدي إلى الانحراف بآلية تلك الضمانات المصرفية عن الغاية التي وجدت من أجلها ، وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية " .

[1] خليل ، خليل فكتور ، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لأتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، أطروحة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، 2004 ، ص 434.

وأخذ بهذا الرأي بعض القضاء في فرنسا [2] بل ذهب بعيداً عندما قرر للعميل التمسك بالدفع لمظنة الغش ولم يكتف بإثبات حالة الغش الظاهر، وكذلك عندما قرر أن تواطؤ البنك الضامن في الغش يؤخذ فيه بمجرد علمه بغش المستفيد. كما لجأت المحاكم في فرنسا الى الاستعانة بفكرة التعسف الظاهر في طلب قيمة الخطاب ، وتقوم هذه الفكرة على أن المستفيد ليس من حقه المطالبة بقيمة خطاب الضمان إذا كان مديناً للعميل بما يزيد عن قيمة الخطاب [3]، إلا أن القضاء الفرنسي رفض فكرة التعسف الظاهر عندما عاد عنها بالقرار الصادر بتاريخ 1985\5\21 [4].

وعلى ذلك يعرف الغش المانع من الوفاء بأنه: هو طلب وفاء الضمان في حين أن عقد الأساس لا يعطي المستفيد أي حق قبل الآمر[5]. كما عرفه بعض الفقهاء بأنه: إنعدام الأساس القانوني للمطالبة بجانب تزوير المستندات[6]. ويؤخذ على هذا الرأي التوسع في مفهوم الغش والذي يؤدي بالإطاحة بمبدأ الاستقلال في خطاب الضمان والى النظر في عقد الأساس، ويؤدي انتفاء الاستقلال في خطاب الضمان إلى تبعية التزام المصرف لالتزام العميل الآمر فيجعل خطاب الضمان كفالة .

الاتجاه الثاني: الاتجاه الضيق لمفهوم الغش المانع من الوفاء

ذهب هذا الاتجاه إلى إقتصار مفهوم الغش المقترن بوسائل احتيالية دون ذلك المصحوب بالتعسف، وأن يكون هذا الغش ظاهراً دون الحاجة لإثبات سوء نية المستفيد، وعلل أصحاب هذا

---

(2) الكيلاني ، محمود ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2014 ، ص316.

(3) المرجع سالف الذكر ، ص318.

(4) المرجع سالف الذكر ، ص325 . وأشار إلى ذلك أيضاً بضراني نجاة ، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، 1987، ص 596 \ الهامش .

(5) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص359.

(6) خليل ، خليل فكتور ، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995 ، مرجع سابق ، ص 435.

الرأي موقفهم بأن التوسع بمفهوم الغش سيؤدي الى النظر في عقد الأساس للنظر في أحقية المستفيد في طلبه وهو الأمر الذي يتنافى مع مبدأ استقلال خطاب الضمان .

ومن الذين أيدوا هذا الاتجاه د. علي جمال الدين عوض بقوله : " يتميز الغش في خطابات الضمان عن الغش المانع لعدم الاحتجاج بالدفوع في الأوراق التجارية بأنه غش ظاهر ، أي يفقأ العينين فهو لا يحتاج إلى دليل يقيمه مدعي الغش أمام القضاء ، ولذلك يستبعد الغش إذا لزم إثبات سوء نية المستفيد. " [1]

وأيدت بعض أحكام القضاء هذا الاتجاه ، وأكدت على مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان وعلى عدم إمكانية التمسك بالدفوع من عقد الأساس بمواجهة المستفيد ، ففي أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية الصادرة قالت " أن كون الآمر قد نفذ التزامه الناشيء عن عقد الأساس كاملاً لا يعفي البنك من وفاء التزامه المقطوع في خطاب الضمان ، وأن إساءة استعمال الحق في المطالبة بوفاء الخطاب من جانب المستفيد ولو كانت ظاهرة يجب استبعادها من المناقشة ، وأن إثبات الغش وحده هو الذي يعطل نفاذ خطاب الضمان".[2]

أما القضاء المصري فلم يتصد لفكرة الغش ربما لأنها لم تعرض عليه في أية منازعة[1]، إلا أنه يلاحظ صدور العديد من أحكام القضاء المصري التي تؤكد على مبدأ استقلال خطاب الضمان عن العقد الأصلي دون أن تتعرض إلى مسألة الغش بشكل مباشر ، بل عملت على رسم الصيغة القانونية للشكوى دون أن تبين بان المقصود بها هل قيام دعوى الآمر على أصل الدين (العقد

[1] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 362 ، وأخذ بهذا الاتجاه أيضاً القليوبي ، سميحة ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص 162 ، وكذلك نجاة ، بضراني ، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، مرجع سابق ، ص 601 .

[2] الكيلاني ، محمود ، عمليات البنوك ، مرجع السابق، ص 315 .

[1] الكيلاني ، محمود ، عمليات البنوك ، مرجع السابق، ص ، 325 .

الأساس) كأساس للدعوى أو لجوئه للحجز على قيمة الضمان ، ومنها ما صدر عن محكمة النقض المصرية بقرارها الوارد بالصيغة التالية :

" إن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود إلتزام البنك المبين فيه ، ويكون على المدين أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد ، أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك " [(2)].

وعلى الرغم من أن الرأي الأول حاول الموازنة بين مصالح الآمر والمستفيد في خطاب الضمان مراعاة لقواعد العدالة ، وذلك بتوسعه لمفهوم الغش المانع من الوفاء وإجازته للآمر الحصول على أمر بعدم وفاء المصرف بقيمة الخطاب لصالح المستفيد مستند الآمر بذلك لعقد الأساس المبرم فيما بينه وبين المستفيد .

إلا أن الباحث يؤيد ما إتجه إليه أنصار الرأي الثاني الذي قَصَرَ مفهوم الغش الصادر من المستفيد بإقترانه بوسائل احتيالية دون أن يكون مصحوب بالتعسف من قبله وأن يكون هذا الغش ظاهراً دون الحاجة لإثبات سوء نية المستفيد ، وذلك لأسباب عدة ، وهي :

[(2)] قرار محكمة النقض المصرية رقم 294 لسنة 35 قضائية جلسة 1969/5/27 مجموعة المكتب الفني ص 811 ، مشار إليه في حسني ، أحمد ، قضاء النقض التجاري ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1975 ، ص218 .

1. إن التوسع بمفهوم الغش وإجازة التحقق منه بالعودة إلى عقد الأساس سيؤدي إلى الإطاحة بمبدأ الاستقلال في خطاب الضمان ، وبالتالي تعطيل أهم ميزة من ميزات خطاب الضمان والقضاء على الهدف الذي وجد لأجله .

2. إن تبعية خطاب الضمان لعقد الأساس ستؤدي بالضرورة إلى تبعية التزام المصرف لالتزام العميل ، الأمر الذي يجعل خطاب الضمان كفالة ، وتطبيق أحكام الكفالة في مواجهة الدائن (المستفيد) المستمدة من عقد الأساس التي من أهمها أن للكفيل (المصرف) التمسك بالدفوع التي للمدين الأصلي (الآمر) في مواجهة الدائن ، وبالتالي تعطيل الغاية التي وجد من أجلها خطاب الضمان والدخول بمشاكل عملية وقانونية والسماح للآمر والمصارف بالتهرب من تنفيذ التزاماتهم وزعزعة الثقة بين المتعاملين في التجارة .

3. إن القول بالأخذ بالتعسف الصادر من المستفيد وحصوله على مبلغ الضمان، وإن الحق ضرراً بالعميل الآمر ، لن يمنع الآمر من مقاضاة المستفيد واسترداد مبلغ الضمان .

4. زيادة مقدار العمولات التي تتقاضاها المصارف بغية إصدارها لخطابات الضمان بسبب زيادة الجهد الذي تبذله للتحقق من تنفيذ الأطراف لالتزاماتها بموجب عقد الأساس، مما يؤدي إلى زيادة زمن تنفيذ الخطاب وزيادة أعداد النزاعات واللجوء إلى المحاكم للفصل فيها.

الفرع الثاني

تعريف الغش في القواعد الدولية

على الرغم من أن صدور قواعد دولية تنظم المعاملات التجارية تضع أسساً تتفق عليها أغلبية دول العالم ، يساعد على تقليص الخلافات التي تنشأ بين المصارف حول العالم وتوضح كيفية التعامل مع الأدوات المصرفية ذات الطابع الدولي بمختلف أنواعها مثل خطاب الضمان ، إلا أن هذه القواعد لم تتمكن من القضاء على كافة المشاكل ومنها مسألة الغش .

أما فيما يتعلق بالقواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة من الغرفة التجارية الدولية بباريس ، فلا بد من الإشارة إلى عدم تعرضها لفكرة الغش في استعمال الضمان لصعوبة الاتفاق عليها بين الحاضرين وتركت حكمها للقوانين الوطنية[1]، فهذه القواعد لم تتناول موضوع غش المستفيد في خطاب الضمان كما أنها لم تتناول مسألة التدابير القضائية لمواجهة هذا الغش .

إلا أن المادة (19) من إتفاقية الأونسترال لعام 1995 بينت الحالات التي يجوز فيها للمصرف مُصدر خطاب الضمان أن يمتنع عن الإيفاء بقيمة الخطاب للمستفيد ، وذلك إذا كانت مطالبة المستفيد مقترنة بتقديمه مستندات مزيفة أو وجود تعسف منه ، وكذلك أعطت في المادة (20) من ذات الاتفاقية للعميل (الآمر) إتخاذ تدابير قضائية مستعجلة لمنع أو إيقاف الوفاء للمستفيد وذلك إذا توافرت أياً من الحالات السابقة .

---

[1] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 349.

المطلب الثاني

شروط الغش المانع من الوفاء

باعتبار أن الغش هو الاستثناء الوحيد لتنفيذ خطابات الضمان والتي تقوم على أساس استقلال الخطاب وأطرافه عن عقد الأساس ، فلا يمكن القول بأننا أمام غش مانع من الوفاء في خطاب الضمان إلا بشروط يجب توافرها ، وبدون هذه الشروط لا يمكن أن يرقى هذا الغش كمبرر للمصرف يمتنع بموجبه عن إجابة طلب المستفيد بتنفيذ خطاب الضمان ، وهذه الشروط هي أن يكون خطاب الضمان صحيحاً و ساري المفعول (فرع أول) ، وأن يكون الغش ظاهراً وثابتاً (فرع ثاني) ، وأن يصدر الغش ممن يحتج به عليه (فرع ثالث) ، وهو الأمر الذي سيتناوله الباحث تباعاً :

الفرع الأول

أن يكون خطاب الضمان صحيحاً و ساري المفعول

لا يمكن القول بأننا أمام غش صادر من المستفيد في خطاب الضمان إلا إذا كان طلباً صحيحاً للوفاء بخطاب ضمان صحيح ومكتمل العناصر الواجب توافره فيه وساري المفعول ، وبالتالي لا يكون طلب المستفيد بالوفاء بالخطاب غشاً إذا استند تمسك المصرف الضامن بالرفض لأسباب موضوعية في الخطاب ذاته .

كحالة الخطاب الذي لم يبدأ بعد في السريان أوالخطاب المنتهي الصلاحية، ذلك أنه لم يعد يوجد حق للمستفيد فيه للقول أن طلبه فيه غش منه . أو إن ذلك الخطاب الباطل لعيب فيه أو لمخالفته النظام العام أو الخطاب الذي اعترض عليه المستفيد فلم ينعقد[1].

فلا يمكن القول عند ذلك أن رفض المصرف الوفاء للمستفيد بسبب اقتران طلب الوفاء بغش ، وإنما يكون رفض المصرف بالوفاء قائم على أسباب موضوعية في ذات الضمان ، وهذا ما استقر عليه القضاء المصري الذي جاء في أحد أحكامه : " لا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل (كما هي في خطاب الضمان) ، وإلا تحمل البنك مسئولية الوفاء "[2] .

وكذلك ما جاء بقرار محكمة النقض المصرية بقولها " ومن حق المُستفيد أن يُطالب بقيمة خطاب الضمان ما دام ساري المفعول، ومعنى سريان الضمان خلال مُدة مُعينة أن : "المصرف يلتزم بالدفع فوراً إذا طُولِبَ بالوفاء خلالها " [1] .

مما تقدم لا يمكن وصف طلب المستفيد بتنفيذ خطاب الضمان غشاً منه ، وذلك لانعدام الأساس في طلبه وعدم ثبوت حق المستفيد في خطاب الضمان للأسباب التي تم ذكرها أعلاه .

---

[1] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 353 .

[2] نقض مصري ، طعن رقم 1013 لسنة 30 ق في 30 ديسمبر 1985 ، مشار إليه في المرجع سالف الذكر ، ص 288 .

[1] نقض مصري جلسة 1969/5/27 مجموعة المكتب الفني ، لسنة 20 قضائية ، ص 811 .

الفرع الثاني

أن يكون الغش ظاهراً وثابتاً

يتوجب بالإضافة إلى طلب المستفيد الوفاء بخطاب ضمان صحيح وساري المفعول للدفع بوجود الغش ، أن يكون الغش ظاهراً وواضحاً ولا يحتاج للتحقق من وجوده ، فالغش لا يفترض وسوء النية لا يفترض ، واشتراط وضوح الغش لهذه الدرجة هو ما يميز خطاب الضمان ويتماشى مع طبيعته وإستقلاليته لتحقيق الغاية التي وجد لأجلها .

وقد أكد القضاء الإنجليزي على ضرورة ثبوت الغش، وذلك في قضية تتلخص وقائعها بعقد بيع اشترط فيه البائع أن يتم بواسطة فتح اعتماد قطعي مقدماً بذات الوقت خطاب ضمان لصالح المشتري (المستفيد) في عقد البيع ، إلا أن المشتري قد فتح اعتماد غير قطعي ورفض البائع ذلك وطالب بإيقاف تنفيذ خطاب الضمان الصادر طبقاً لتعليماته ، صدر قرار المحكمة برفض طلب البائع معللة حكمها بقولها : " أن خطابات الضمان هي روح التجارة ولا يتدخل القضاء في تسوية التزامات التجار إلا في حالة ثبوت الغش لا مجرد إدعائه " [1] .

وفي هذا الاتجاه ذهب القضاء الفرنسي إذ جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية " أن البنك من حقه رفض المستندات ما دام الغش مؤكداً ، فإذا قام البنك بالدفع ثم اكتشف بعد ذلك التزوير ، فمن حق البنك الرجوع على المستفيد لاسترداد ما دفعه وإعادة المستندات إليه ، كما أن للبنك حق الرجوع عليه بتعويض الضرر الذي أصابه " [2] .

---

[1] قضية مشار إليها في عوض ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 318 .

[2] قرار محكمة النقض الفرنسية تاريخ 1954/3/4 ، مشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والإعتمادات الضامنة والكفالات ، مرجع سابق ، ص 184.

وعليه فإننا نجد أن الغش في خطاب الضمان يختلف عن التمسك بالغش على الحامل المظهر إليه في الورقة التجارية [3] ، فلا يلزم فيه إلى تقديم الدليل على الغش ، كذلك لا يمكن القول بوجود غش إذا استلزم إثباته بالاستعانة بالغير أو إجراء تحقيق ، وبذلك نصت المادة (1176) من القانون المدني الأردني : " يعد حسن النية من يحوز الشيء ، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير ويفترض حسن النية ، ما لم يقم الدليل على غيره .

فيجب أن لا يكون الغش الذي يتمسك به الآمر أو البنك الضامن اتجاه المستفيد خفياً ، ولذلك يعتبر معيباً بالتناقض الحكم الذي قرر أن طلب المستفيد مشوب بالغش وقضى في الوقت نفسه بإجراء تحقيق للتثبت منه[4].

ويجدر هنا الإشارة إلى ما أوردته لجنة الأمم المتحدة (اليونسترال) تحت عنوان الاستثناء من التزام السداد وذلك في المادة (19) [1] منها ، حيث أوردت في الفقرة الأولى منها الحالات التي تستثنى في خطاب الضمان من سداد قيمته لصالح المستفيد ، مشترطه في ذات الوقت استناد عدم السداد إلى بينة واضحة لا تحتمل الشك .

ويمكن اعتبار إثبات غش المستفيد سهلاً متى كان خطاب الضمان (الاعتماد الاحتياطي) مشروطاً بتقديم المستفيد عند مطالبته بقيمة الخطاب مستندات معينة ، بعكس خطابات الضمان الغير مشروطة والتي لا تلزم المستفيد بتقديم تلك المستندات ، وبالتالي إذا كان تمسك الآمر بوجود غش من المستفيد فإن ذلك يتطلب البحث واثبات هذا الغش ، ويظهر ذلك مثلاً متى طلب المستفيد من المصرف دفع قيمة الخطاب ، على الرغم من أن تصرف المستفيد كان السبب في عدم تنفيذ

---

[3] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 361 .

[4] المرجع سالف الذكر ، ص 361 .

[1] نص إتفاقية اليونسترال والمشار إليه في عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر ، خطابات الضمان والإعتمادات الضامنة والكفالات ، مرجع سابق ، ص 313 .

الآمر لالتزاماته في عقد الأساس ، وكان المستفيد – بسوء نية – قاصداً ذلك التصرف ، أو متى نفذ الآمر جميع التزاماته طبقاً لعقد الأساس وأثبت ذلك ، وعلى الرغم من ذلك تقدم المستفيد من المصرف مطالباً بدفع قيمة الخطاب .

والسؤال الذي يطرح هنا هو هل مجرد ظهور امارات للعميل (الآمر) على وقوع غش (مظنة الغش) من المستفيد تكفي كسبب لطلب منع الوفاء للمستفيد ؟ بمعنى هل يكفي أن يكون الغش راجحاً أم يكفي أن يكون من المرجح وقوع الغش ؟

إتجهت بعض المحاكم في قراراتها إلى عدم الأخذ بالغش الواضح والمؤكد ، ففي حكم لمحكمة باريس التجارية (مستعجل) في 29 سبتمبر 1988 ورد فيه " في إطار الفحص الأولي يجوز للقاضي المستعجل أن يأمر بمنع البنك الضامن المقابل من الوفاء إذا كان هناك خطر الغش من جانب المستفيد" [1] .

يلاحظ من هذا الحكم أن المحكمة أجازت منع الوفاء للمستفيد على أساس وجود خطر أو خشية من الغش ، وإن كان الباحث قد برر صدور هذا الحكم بهذه الصوره التي عمل على التوسع بمفهوم الغش المانع من الوفاء ، باعتبار أن الغش متى تحقق وأن لم يكن مؤكد يبقى غشاً منتجاً لآثاره أياً كان درجته . إلا أنه ، وفي تقدير الباحث ، يتعارض مع ما جاء به الحكم بإقراره المنع من الوفاء للمستفيد على أساس الخشية من الغش ، كون وجود الغش وتقديره في خطاب الضمان يجب أن يكون في حدود ضيقة وعدم التوسع فيه ، فالتوسع فيه يضعف من خطاب الضمان ويتعارض مع الغاية التي وجد لأجلها .

---

(1) قضية مشار إليها في عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 360.

كما أنه وطبقاً للاتجاهين (الموسع والمضيق) في بيان مفهوم الغش ، لا يمكن اعتبار مجرد الخشية من الغش أو وجود امارات أو أن يكون راجحاً ، بدون دليل واضح وبين وصريح على الغش من جانب المستفيد سبباً يجيز للمصرف الامتناع عن الوفاء للمستفيد لأن سوء النية لا يفترض ، كما أن القضاء في أحكامه الصادرة شدد على أن يكون الغش واضحاً (يفقأ العينين) [2]، ويؤيد ذلك أيضاً ما أوردته لجنة الأونسترال في المادة (19) منها بقولها : " أن يكون واضح " وذلك في ذكرها حالات منع الوفاء للمستفيد .

وتجدر الإشارة أنه لا بد بالاضافة إلى أن يكون الغش ظاهراً وثابتاً كسبب لمنع الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد ، أن يقترن بقرار بمنع الوفاء من السلطة القضائية ، وهو الأمر الذي سيتطرق إليه الباحث عند الحديث على الإجراءات الواجب إتباعها للدفع بالغش في الفصل الرابع .

الفرع الثالث

صدور الغش ممن يحتج عليه به

للقول بوجود غش يتوجب أن يصدر الغش من المستفيد نفسه لا من غيره ، وكذلك يكون غش لو صدر من الغير مع علم المستفيد به ، فصدور الغش من الغير يجعله مساوياً لصدوره من المستفيد متى أنطوى على حيل من الجسامة بحيث لولاها لما قام المصرف بالوفاء .

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الأردني نجد أن المشرع الأردني لا يأخذ بالغش والتدليس وإنما يأخذ بالتغرير والغبن كعيوب الرضا في العقد ، فنجد أن المادة (143)[1] قد

---

[2] المرجع السالف الذكر ، ص 361 .

[1] نصت المادة (143) من القانون المدني على أنه " التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها " .

اشترطت للتغرير المفسد للرضا ، أن يكون وليد إجراءات احتيالية من شأنها التأثير على إرادة المتعاقد ، وعدم قدرته على استجلاء الحقيقة وتجعله غير قادر على الحكم على الأمور حكماً سليماً ، فقد اعتبرت هذه المادة الوسائل الاحتيالية التي يتحقق بها الغش المفسد للرضا أن تكون إيجابية وذلك باستعمال طرق احتيالية .

كما يمكن أن تكون الوسائل الاحتيالية بافعال سلبية أيضاً ، وهذا ما بينته المادة (144) [1]من القانون المدني الأردني والتي اعتبرت سكوت المتعاقد عمداً عن واقعة عن المتعاقد الآخر ، متى كان هذه الواقعة تبلغ حداً من الجسامة بحيث لو علمها المتعاقد الآخر لما أقدم على التعاقد .

كما بينت المادة (148)[2] من القانون المدني أن قيام الغير من المتعاقدين باستخدام وسائل احتيالية سواء قولية أو فعلية ، تحمل أحد المتعاقدين بقبول ما لم يكن ليرضى به لولا هذه الوسائل، لا يكون للمتعاقد المُغرر به أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم به وقت إبرام العقد ، ويكون لمحكمة الموضوع استخلاص عناصره وتقدير ثبوته .

ويكون من حق المدعي المطالبة بالفسخ واسترداد ما دفعه من ثمن لسوء نية المدعى عليهما وتقليله وكذلك المطالبة بالتعويض استناداً لأحكام المادة (300) من القانون المدني الاردني يقولها " على المحكمة أن تلزم من قبض شيئاً بغير حق أن يرده إلى صاحبه ولها علاوة على ذلك أن تأمر ما جناه القابض من مكاسب أو منافع ولها أيضاً أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيه " .

---

[1] نصت المادة (144) من القانون المدني الأردني على أنه " يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ".

[2] نصت المادة (148) من القانون المدني الأردني على أنه " إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه " .

يثور سؤال هنا حول هل الغش المانع من الوفاء في خطاب الضمان يتوجب أن يكون صادر من المستفيد منه ؟ أم هل يكفي أن يكون الغش صادر من غير المستفيد (سواء من الآمر أو شخص من الغير) وإن كان هذا الغش ظاهر وثابت ، فهل يعتد به ؟

للإجابة على ذلك يتوجب بداية الإشارة إلى أن كافة الأحكام القضائية التي تم استعراضها سابقاً – على حد علم الباحث – تناولت فقط مسألة الغش الصادر من المستفيد ، دون أن تتعرض أو تتناول مسألة الغش الصادر من العميل (الآمر) أو من قبل شخص من الغير ، ومن الممكن تبرير ذلك أنه لا يوجد مصلحة قانونية أو اقتصادية مباشرة للغش في الخطاب سواء من أطرافه أو من الغير سوى للمستفيد نفسه .

وبرأي الباحث أن الأحكام القضائية التي أطلع عليها وإن كانت قد تعرضت للغش الصادر من المستفيد ، فهي بذات الوقت قد اعترفت صراحة بأن الغش هو الاستثناء الوحيد الذي يتيح بوجوده الامتناع عن الوفاء في الخطاب ، وكأنها تقرر ضمنياً أن الغش في خطاب الضمان هو الاستثناء ويتساوى بذلك إن كان صادر عن المستفيد أو الغير .

وللإجابة على هذا السؤال هناك رأيان في الفقه ، الأول أخذ بالمعيار الشخصي في الغش قائلاً بأن الغش المانع من الوفاء في الخطاب يقتصر على غش المستفيد نفسه دون غيره ، أما الثاني فقد أخذ بالمعيار الموضوعي وقال بأن الغش يستوي فيه صدوره من المستفيد أو من غيره ما دام مؤكداً كمانع من الوفاء ، ولكل من الإتجاهين أنصاره وأسانيده ، يستعرضها الباحث تباعاً :

الرأي الأول : أصحاب المعيار الشخصي

قال هذا الرأي بأن الاستثناء الوحيد المبرر لامتناع المصرف عن الوفاء بقيمة الخطاب هو وقوع غش من قبل المستفيد ، فلا يمتنع المصرف عن الوفاء بقيمة الخطاب إلا في حالة وقوع غش من قبل المستفيد نفسه دون غيره .

وأسس اصحاب هذا الرأي موقفهم على اعتبار أن الأصل في الخطاب وفاء المصرف بقيمته لدى أول مطالبة من قبل المستفيد ، والاستثناء عليه هو إمتناع المصرف عن الوفاء ، فيتوجب عدم التوسع بهذا الاستثناء وعدم إجرائه على إطلاقه ، فما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه [1] ، فيتوجب عدم القياس أو التوسع على هذا الاستثناء تطبيقاً للقاعدة القانونية " العبرة للغالب الشائع لا للنادر " [2] ، وذلك حفاظاً على المراكز القانونية في الخطاب الضمان وصيانة للهدف الذي وجد من أجله كوسيلة للضمان ، باعتبار أن التوسع بهذا الاستثناء فإنه سيعطل تنفيذ عملية الخطاب ويثير المشاكل التي تحد من استخدامه كضمانه فاعلة .

وأيد هذا الرأي العديد من الفقهاء ، فقال به البعض من الفقه كسيملر بقوله : " أن يكون الغش صادراً ممن يحتج به عليه ، أي من المستفيد نفسه " [3] ، وكذلك الدكتور جمال الدين عوض عند بيانه لمفهوم الغش بقوله : " ويقصد بالغش في هذا المعنى كل عمل من جانب المستفيد يقصد به الحصول على مزية الاعتماد بطريق الغش .... ويجب أن يقتصر الغش في عمل المستفيد نفسه ، فلا يشمل الغش الصادر من الغير إذ يعتبر المستفيد بريئاً منه "[4].

---

[1] المادة (221) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 .

[2] المادة (42) من مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876.

[3] مشار إليه في عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 363 .

[4] عوض ، علي جمال الدين ، الاعتمادات المستندية ، دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية ، ص 312 .

الرأي الثاني : أصحاب المعيار الموضوعي

قال أنصار المعيار الموضوعي بأن امتناع المصرف عن الوفاء استناداً لوجود الغش يستوي فيه أكان الغش من المستفيد نفسه أو صادر من غيره ، ما دام هذا الغش ظاهراً ومؤكداً ، فالغش كقاعدة عامة يفسد كل شيء ، والغش أن وقع أنتج آثاره ورتب نتائجه ، فسواء كان من المستفيد أو من الغير فله ذات الأثر السلبي على الآمر .

والباحث بدوره إذ يؤيد ما اتجه إليه الرأي الثاني (المعيار الموضوعي) ، فمتى وقع الغش وتحقق يبقى غشاً منتج لآثاره ، سواء صدر الغش من المستفيد نفسه أو من الغير ، وبالرجوع إلى القواعد العامة للعقود في القانون المدني نجد أنها أشارة لهذه المسألة في المادة (148) منها بقولها " إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور ان المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه " .

وهذا النص بما أورده قرر لأحد الأطراف فسخ التصرف عند وقوع الغش سواء كان الغش صادر من الطرف الآخر أو حتى من الغير ، مشترط المشرع علم الطرف الآخر بالغش عند وقوعه .

ونشير إلى أن صدور الغش في الخطاب من قبل الغير يظهر في خطاب الضمان الملاحي ، حيث يقدم شخص للناقل خطاب ضمان دون سند شحن الذي لم يتم إرساله من قبل الشاحن ، ويقدم ذلك الشخص خطاب ضمان للناقل فيقوم هذا الأخير بتسليمه البضاعة حتى لا تبقى السفينة معطلة في ميناء التفريغ ، وتعرض القضاء الفرنسي لمثل هذا النوع من الاحتيال حيث قررت محكمة النقض الفرنسية[1] " أن خطاب الضمان يعد عقداً مستقلاً عن عقد النقل ، وإن هذا

---

(1) **Cour de cassa'ttion , chamber commercial , 17 juin1997 , navir happy buccaneer , DMR 1997 ,p.785, rapport Remery . Dans meme sens : cour de de cassa'ttion, chamber commercial 9 Juillet**

الخطاب من الممكن أن يكون محلاً لأعمال احتيالية ، لذلك الناقل ملتزم بتسليم البضائع مقابل سند الشحن وليس بموجب خطاب الضمان وبذلك يكون الناقل قد ارتكب خطأ تعاقدياً في حالة قبوله تسليم البضاعة مقابل الحصول على خطاب الضمان " .

كما وأكدت محكمة استئناف روان بأن خطاب الضمان الذي يصدره المرسل إليه أو مستلم البضائع ليس بديلاً عن سند الشحن ، ولا يُحل المرسل إليه من التزامه بتسليم سند الشحن إلى الناقل لاستلام البضائع ، كما أن الناقل البحري لن يتمكن من الإفلات من مسؤوليته التعاقدية قبل الشاحن ، إلى جانب مسؤوليته في مواجهة المرسل إليه الحقيقي ، ولن يبقى أمامه سوى الرجوع على المصرف الضامن الموقع على خطاب الضمان الذي قدمه له مستلم البضائع(1).

كما أن القول باقتصار الغش كسبب مانع للوفاء على ذلك الغش الصادر من المستفيد ، يؤدي إلى ظهور إشكاليات قانونية وعملية في خطاب الضمان من حيث تحديد الطرف – الآمر أو المصرف – الذي يتحمل عبء الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد ، وذلك عند صدور غش من غير المستفيد ، كما أن القول بذلك يؤدي إلى إضعاف لجوء المتعاملين إلى خطاب الضمان في المعاملات التجارية ، لعدم تحمل المستفيد أي مسؤولية عن الغش الصادر من الغير وتحصيله لقيمة الخطاب على الرغم من ذلك ، الأمر الذي يلحق الضرر بالعميل الآمر والمصرف ، وتشجيع المستفيد لعدم تنفيذ التزاماته والتقصير في أدائها .

. 1991 , DMF 1992, p.665 ، مشار إليه في عبده ، محمد مرسي ، التصدي للاحتيال المتعلق بالوثائق البحرية وفقاً للقانون البحري القطري والاتفاقيات الدولية ، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية ، دولة قطر، ص **162** .

(1) Cour d’apple de Rouen , 9 November 1999 , Revue de Droit Maritime francais 2000, P.729, ops.Y.Tassel . Voir aussi: Cour d’Appel de Rouen, 19 October 1989 , DMF 1990, P.96 . ، مشار إليه في المرجع سالف الذكر ، ص 163 .

الفصل الرابع

الحماية من الغش في خطاب الضمان

بعد أن بينا مفهوم الغش في خطاب الضمان والشروط الواجب توافرها ليمكن القول بوجود غش مانع من الوفاء في الخطاب ، سيتناول الباحث في هذا الفصل الحديث عن الوسيلة القضائية التي يمكن للآمر استخدامها لكي يحمي نفسه من غش المستفيد في الخطاب (مبحث أول) ، ومن ثم تناول بعض تطبيقات القضاء المقارن التي أشارت لمسألة الغش في الخطاب (مبحث ثاني) .

المبحث الأول

وسائل الحماية من الغش

هناك العديد من الوسائل التي يمكن للآمر اتباعها للوقاية من غش المستفيد في الخطاب ، ويمكن تقسيم وسائل الحماية هذه لمراحل تبدأ منذ الفترة السابقة على إبرام عقد الأساس بين الآمر والمستفيد ، مروراً بعقد فتح الخطاب عقد الاعتماد بالضمان الذي يتم بين الآمر (العميل) والمصرف ، والتي يمكن القول بأن التصرفات التي يقوم بها الآمر بهاتين المرحلتين لها أثر في الوقاية من غش المستفيد ، انتهاء بالمرحلة الأخيرة والتي تتعلق بالإجراءات القضائية التي يلجأ الآمر إليها لمنع وفاء المصرف بقيمة الخطاب للمستفيد متى اقترنت مطالبة هذا الأخير بغش .

وضرورة البحث تستوجب الحديث أولاً عن دور الآمر في الحماية من الغش باعتباره عنصر أساسي في الوقاية من غش المستفيد (مطلب أول) ، من ثم تناول إيقاف دفع المصرف لقيمة الخطاب بطريق القضاء المستعجل (مطلب ثاني) .

المطلب الأول

دور الآمر في الحماية من الغش

يتوجب على الآمر أن يحتاط بداية من غش المستفيد في الخطاب باعتباره هو المتضرر الأول والأخير من هذا الغش ، ويكون ذلك بداية عند إبرام عقد الأساس الذي صدر خطاب الضمان بسببه مع المستفيد ، فعلى الآمر أن يختار التعامل مع طرف ذو سمعه طيبه في مجال العمل الذي يمارسه ، ويكون ذلك سهلاً على الآمر متى كان المستفيد من ذات بلد الآمر وليس أجنبي ، فغالباً ما يكون طرفي عقد الأساس – متى تعلق بعمل تجاري – ممن يمارسون التجارة ، والتجار يعرفون بعضهم البعض ومدى سمعة كل منهم .

أما إذا كان المستفيد أجنبي وليس من ذات بلد الآمر ، يتوجب على الآمر قبل التعاقد مع المستفيد الأجنبي التحري عنه في دولته ، وللآمر في ذلك الاستفسار عن المستفيد وطلب معلومات عنه عن طريق غرف التجارة في دولة المستفيد ، والاستعلام عنه لدى التجار من ذات بلد الآمر الذين سبق لهم التعامل مع المستفيد .

وبعد تأكد الأمر من سمعة المستفيد الحسنه وإتجاه إرادته للتعاقد معه ، يتوجب على الآمر العناية في صياغة بنود عقد الأساس التي تناولت التزام الآمر بإصدار خطاب من مصرف لصالح المستفيد ، بذكر عقد الأساس الذي صدر خطاب الضمان بمناسبته ، بحيث لا يطلب الوفاء به تأميناً لعملية أخرى قد تكون بين الآمر والمستفيد[1] ، والإشارة في خطاب الضمان إلى عقد الأساس يقصد بها تعيين الضمان وتحديد ذاتيته ولا تقلبه إلى عقد تابع [2]، كما على الآمر عند ذكره المستندات التي يتوجب على المستفيد تقديمها للمصرف عند مطالبته بقيمة الخطاب تعيينها بدقة[3]، وذكر جهة محددة ذات سمعة طيبة يثق بها الآمر يكون لإصدار المستندات عن طريقها ، والتحري عن سمعة المصرف المفوض بدفع قيمة الخطاب والذي يختاره المستفيد في عقد الأساس.

ويكون للتعاون فيما بين الآمر والمصرف أثر كبير في الحد من الغش في خطاب الضمان[4]، فيتوجب على المصرف تقديم النصح للآمر (العميل) الذي يبرم معه عقد فتح الاعتماد ، وذلك باعلام الآمر عن سمعة المصرف المفوض بدفع قيمة الخطاب الذي اختاره المستفيد في عقد الأساس ، وكذلك بتقديم النصح في عبارات الخطاب والمستندات الواجب على المستفيد تقديمها عند مطالبته بقيمة الخطاب .

---

[1] عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 131 .

[2] جافلدا وستوفليه ، الأسبوع القانوني الخاص بالمنشآت والأعمال 1998 ، ص 324 ، مشار إليه في المرجع سالف الذكر ، ص 131 .

[3] قررت محكمة النقض المصرية في قرار لها أنه " أنه لما كان الأصل في خطاب الضمان إلا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ، ولا يغير من ذلك أنه يرتبط لتنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من خطاب الضمان .... فإذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله ، فإن علاقة البنك والشروط التي ارتبط بها يحكمها هذا الخطاب وحده ، وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها ، حتى إذا ما طولب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليها المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً " . نقض مصري جلسة 1980/12/22 ، مشار إليه في محمود ، الكيلاني ، عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 341 .

[4] " لو ورد النص في خطاب الضمان على إشارة صريحة إلى عقد الأساس وعلق ضمان المصرف على شروط ثلاثة ، هي أن لا يعدل عقد الأساس بغير أذن منه ، وأن يُخطر كل ثلاثة أشهر عن تقدم الأعمال ، وعلى المركز المالي ، وأن تابعيه يدخلون إلى موقع الأعمال وأن يراقبوا أوراق المصنع فكل ذلك مقصود به بيان حدود الخطر المضمون " . بذلك قال الأستاذ محسن شفيق ، موجز القانون التجاري ، 1969 ، ص 442 ، فقرة رقم 549 . مشار إليه في المرجع سالف الذكر ، ص 131 .

ويرى الباحث بأن العناية بصيغة الخطاب ذات أثر كبير في الوقاية من الغش ، وتكون بداية بعدم اعتماد نماذج لخطابات الضمان معدة مسبقاً ، فليس من الضرورة كل صيغة لخطاب الضمان ممكن أن تفي بالغرض المطلوب منها ، وذلك لاختلاف الغرض من الخطاب وتنوع السبب الذي صدر من أجله[1] ، فمثلاً صيغة الخطاب الذي يقدم لغرض الدخول في العطاء تختلف من عطاء لآخر باختلاف نوع كل عطاء وشروطه ، فخطاب الضمان الابتدائي الذي يرفق مع العرض المقدم في العطاء أو المزايدة يختلف من عطاء لآخر ، وعند إحالة العطاء لا تصلح صيغة خطاب الضمان الابتدائي أن تقدم ذاتها كخطاب ضمان نهائي (ضماناً لحسن تنفيذ لشروط العقد) ، بل يتوجب استبدال خطاب الضمان الابتدائي بخطاب ضمان نهائي .

المطلب الثاني

إيقاف دفع المصرف لقيمة الخطاب بطريق القضاء المستعجل

بين الباحث سابقاً أن المستفيد متى ما تقدم بمطالبته بقيمة الخطاب للمصرف ، لا يكون للمصرف الامتناع عن الوفاء بالمبلغ لأي سبب خارج الخطاب ذاته و يستثنى من ذلك حالة الغش ، كما لا يستطيع المصرف الامتناع عن تنفيذ تعهده في الخطاب بناء على طلب الآمر[1]، كون تعهد المصرف في الخطاب مجرد ومستقل عن علاقته بالآمر، كما أن المصرف يسعى لاحترام توقيعه للمحافظة على سمعته ومكانته .

---

[1] صالح ، عبد الرزاق محسن ، خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص 60 .

[1] قضت محكمة استئناف باريس في قضية تومسون بأنه " إذا قبل المصرف وقف الخطاب بمجرد طلب من العميل الآمر ودون حكم قضائي ، في غير حالة الغش الثابت بدليل لا يرقى إليه الشك ولا يحتمل مناقشة ، فإنه يسأل أمام المستفيد " . باريس 9 يناير 1981 دلوز 1981 ص 336 تعليق فاسير . مشار إليه في عوض ، علي جمال الدين ،خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 386 .

إلا أن الآمر – على الرغم من أنه ليس طرفاً في خطاب الضمان – قد يكون له مصلحة بمنع وفاء المصرف بقيمة الخطاب للمستفيد متى وجد أن لا حق للمستفيد به ، وذلك متى قام الآمر بتنفيذ التزاماته في عقد الأساس أو متى ما كان عدم أداء الالتزام الأصلي لسبب يرجع إلى المستفيد ، كذلك قد يكون لدائن العميل مصلحة في إيقاف دفع المصرف لقيمة الخطاب على الرغم من أن دائن العميل ليس طرفاً في عقد الضمان[2].

وفي قضية تتلخص وقائعها بقيام شركة فرنسية بالتعاقد مع شركة سورية ، قامت الشركة الفرنسية بالطلب من مصرف فرنسي (Barry Ba Banque) بإصدار خطاب ضمان للشركة السورية ، وبدوره قام المصرف الفرنسي بالطلب من مصرف سوريا التجاري بإصدار خطاب ضمان للشركة السورية ، ذاكراً المصرف الفرنسي من ضمن تعليماته التي أرسلها للمصرف السوري عبارة تنص على " صحة هذا الضمان من المصرف السوري تخضع للقوانين واللوائح السورية " .

رد المصرف السوري بدوره على المصرف الفرنسي بأنه قام بإصدار خطاب الضمان لصالح الشركة السورية ، إلا أنه لاحظ أن نص خطاب الضمان الذي تطلبه السلطات الحكومية السورية تطلب فيه " أن يبقى ضمان المصرف قائماً حتى يرد للمصرف بعد إنقضاء المدة المحددة لانتهاء الصلاحية " ، أي أن خطاب الضمان المرسل من المصرف السوري للشركة السورية يقضي بأن المصرف السوري يتعهد بالدفع بناء على أول طلب اثناء مدة سريانه أو انقضائه دون الحاجة إلى أي إجراء أو أخطار .

وعند انتهاء مدة التعاقد المنصوص عليها في عقد الأساس أبدت الشركة السورية رغبتها في إنهاء الأعمال ، فطلبت الشركة الفرنسية من مصرفها الفرنسي رد خطاب الضمان ، إلا أن الشركة

---

[2] نصت المادة (366) من القانون المدني الأردني الدعوى الغير مباشرة .

السورية رفضت رد خطاب الضمان بدعوى أن مبلغ التعويض المستحق لها عن بعض العمليات لم يتم تسويته ، فسارعت الشركة الفرنسية إلى منع المصرف الفرنسي من دفع قيمة الخطاب عن طريق إصدار حكم من القضاء المستعجل بذلك ، وأصدر قاضي الأمور المستعجلة حكمه بأجابة طلب الشركة الفرنسية بمنع المصرف من دفع قيمة الخطاب ، مُعلل حكمه بأنه " عند فحص خطاب الضمان تبين أنه يشير إلى أن مدته قد أنقضت " .

استأنف المصرف الفرنسي القرار وصدر حكم محكمة الاستئناف الذي يقضي بإلغاء قرار قاضي الأمور المستعجلة ، مستند بذلك إلى أن المصرف السوري أعلم بوضوح المصرف الفرنسي بأن التزامات المصرف وضمانه يبقى نافذ إلى حين قيام الشركة السورية برد الخطاب ، توجهت الشركة الفرنسية إلى محكمة النقض للطعن بقرار محكمة الاستئناف الذي أصدرت قرارها برفض الطعن المقدم من الشركة الفرنسية ، مستنده بذلك إلى استقلال كل من الضمان المقابل والضمان المباشر عن بعضهما وعن عقد الأساس ، وأن ضمان المصرف الفرنسي يمتد إلى حين استرداد خطاب الضمان من الآمر ولا تستطيع الشركة الفرنسية أن تمانع بتنفيذه .

يلاحظ من هذه القضية أن كل من محكمتي النقض والاستئناف بقرارهما رسخا مبدأ استقلال خطاب الضمان وتجرده عن باقي العلاقات الأخرى ، وأن التزام المصرف في الخطاب التزام قطعي ومجرد ينشأ مباشرة من الخطاب ولا يحق للمصرف الرجوع عنه .

وكون التشريع الأردني لم يعمل على تنظيم قواعد خاصة بخطاب الضمان تبين من ضمنها الطرق القانونية لحماية أطرافه ، كان لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة لاستخلاصها ، وفي ظل القواعد العامة نجد أن الوسيلة القضائية التي يستطيع الآمر اللجوء إليها ، والتي تتلائم في ذات الوقت مع طبيعة وخصائص الخطاب ، هي نظام القضاء المستعجل . والذي يهدف إلى حماية

الحق مؤقتاً حتى يُفصل في النزاع من قبل محكمة الموضوع [1] ، كما نجد أن مسألة إيقاع الآمر الحجز على حق المستفيد في الخطاب في نظام القضاء المستعجل كوسيلة قضائية لا يسيء إلى سمعة المصرف ومكانته ، باعتبار أن امتناع المصرف من دفع قيمة الخطاب للمستفيد قائم على أساس وجود أمر قضائي بذلك .

فالتجاء الآمر إلى قضاء الموضوع غير منتج في منع المصرف من الوفاء للمستفيد نظراً لطول إجراءات التقاضي ، مما يسمح للمستفيد لتحقيق هدفه الغير مشروعه ، ومنع المصرف من الوفاء للمستفيد من المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت ، فلا يكون أمام الآمر طريق لمنع المصرف من الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد ، إلا باستصدار أمر قضائي بذلك من قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ إجراءات وقتية سريعة صيانة لمصلحته ومنع وقوع ضرر بالحق الموضوعي .

وبذلك كله يجد الباحث أنه لا بد من تحقق الشروط الواجب توافرها في الطلب المستعجل ، من وجود الحق للآمر الذي وجد نتيجة غش المستفيد ، والاستعجال لعدم السماح للمستفيد بتحقيق غرضه الغير مشروع ، بالإضافة إلى أن مصلحة الآمر قائمة ومتحققة من ذلك كله .

وقد يقول البعض بأن منع الآمر للمصرف من الوفاء للمستفيد عن طريق قاضي الأمور المستعجلة ، يخل بمبدأ استقلال خطاب الضمان والذي يعد جوهره وروحه ، والإخلال بهذا المبدأ يفقد الميزة التي يتمتع بها خطاب الضمان والغاية التي وجد لأجلها ، إلا أنه لا يمكن التسليم بهذا القول للأسباب التالية :

1. يهدف القضاء المستعجل لإعادة التوازن بين مصالح الأطراف في الخطاب ، وذلك بسد الثغرات أمام أعمال الغش وعدم السماح بإثراء طرف على حساب الآخر بلا سبب . وطلب

---

(1) القضاة ، مفلح ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ط 2 ، ص 82 .

الآمر ذلك لا ينجح إلا إذا قام على دليل غش المستفيد وقدم الدليل عليه [1] ، وذلك تأسيساً على قاعدة " الغش يفسد كل شيء " والتي تؤدي إلى انهيار مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات والذي يؤدي بالضرورة إلى انهيار مبدأ الاستقلالية في الخطاب .

2. وفضلاً عن عدم مساس القضاء المستعجل بأصل الحق ، كما ليس لقاضي الأمور المستعجلة أن يبحث في نوع الضمان لأن هذه المسألة تمس الموضوع [2] ، يكون لقرار قاضي الأمور المستعجلة آثار الحكم من حيث الحجية المترتبة عليه ومن حيث قابليته للتنفيذ الجبري [3] ، فإنه يشترط لقبول طلب الآمر أن يكون معززاً بالبيانات والوثائق والمستندات التي تؤيد بظاهرها الحق المتنازع عليه .

وبالرجوع إلى المادة (2/33) من قانون أصول المحاكمات المدنية نجد أنها نصت على أنه " على الطالب أن يرفق الوثائق التي يستند إليها في طلبه وللمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة أن يقرر تكليفه بتقديم تأمين نقدي أو كفالة مصرفية أو عدلية تحدد المحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة نوعها ومبلغها ويقدمها كفيل مليء يضمن العطل والضرر الذي يلحق بالمستدعي ضده إذا ظهر أن المستدعي غير محق في طلبه ، ويستثنى من تقديم التأمين أو الكفالة الدوائر الحكومية والمؤسسات الرسمية والعامة والبلديات والبنوك العاملة في المملكة ، وللمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة التحقق من سلامة الكفيل ".

3. كما أوجب القانون على العميل أن يتقدم برفع الدعوى الموضوعية خلال ثمانية أيام من صدور القرار القضائي (قرار قاضي الأمور المستعجلة) المتضمن بوقف صرف مبلغ

---

[1] عوض ، علي جمال الدين ،خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 386 .

[2] المرجع السالف الذكر ، ص 119 .

[3] أبو الوفا ، احمد ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، دون دار نشر ، 1989 ، ص 44 . وكذلك نصت المادة (32) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه " يحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقته مع عدم المساس بالحق بالأمور التالية .... " .

الضمان [1]، وإذا لم تقدم الدعوى خلال المدة المحددة يعتبر القرار الصادر بهذا الشأن كأنه لم يكن .

4. كما أوجب قانون أصول المحاكمات الأردني على قاضي الأمور المستعجلة إصدار الحكم بعد دعوة الطرفين للمثول كقاعدة عامة – وفي حالات استثنائية خاصة ينص القانون عليها تنظر تدقيقاً دون دعوة الخصوم [2]– ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية المطبقة على قضايا البداية في قانون أصول المحاكمات ، تلك هي القاعدة العامة التي أخذت بها معظم التشريعات العربية في هذا المجال كقانون أصول المحاكمات السوري والمرافعات المصري[1].

5. كما أجاز قانون الأصول للمستفيد الذي صدر قرار حجز المبلغ ضده أن يطعن في الأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة استئنافاً ، وتمييزاً شريطة الحصول على إذن من رئيس محكمة التمييز أو من يفوضه[2].

---

[1] نصت المادة (1/152) من قانون أصول المحاكمات الأردني على أنه " إذا صدر قرار بإيقاع الحجز الاحتياطي أو المنع من السفر أو باتخاذ أي إجراءات احتياطية أخرى قبل إقامة الدعوى ، يجب على الطالب أن يقدم دعواه لأجل أثبات حقه خلال ثمانية أيام من اليوم التالي لتاريخ صدور ذلك القرار ، وإذا لم تقدم الدعوى خلال المدة المشار إليها يعتبر القرار الصادر بهذا الشأن كأنه لم يكن ، وعلى رئيس المحكمة أو من ينتدبه أو قاضي الأمور المستعجلة اتخاذ ما يلزم من إجراءات لإلغاء مفعول ذلك القرار " .

[2] وينظر في الطلب المقدم تدقيقاً دون الحاجة لدعوة الخصوم وذلك متى وجد قاضي الأمور المستعجلة إذا كان التأخير الذي ينجم عن تبليغ الخصم من شأنه أن يلحق ضرراً فادحاً للمستدعي ، شريطة أن يقدم المستدعي كفالة لضمان العطل والضرر الذي قد يلحق بخصمه الذي صدر القرار ضده دون دعوته للحضور ، وبذلك نصت المادة 33 من قانون أصول المحاكمات المدنية .

[1] نقض سوري رقم 3338 تاريخ 1954/12/17 ، منشور في الصفحة 338 من مجلة القانون سنة 1956 ، والذي جاء فيه " أن الحكم في القضايا المستعجلة إنما يكون بعد دعوة الخصوم " ، وكذلك نقض سوري رقم 303/516 تاريخ 1962/4/24 منشور في الصفحة 131 من مجلة القانون ، والذي جاء فيه " ليس في قانون أصول المحاكمات ما يجيز للمحكمة اتخاذ قرار الحكم بالدعوى المستعجلة دون دعوة الخصومة خلال الحالات المستثناة بنص خاص كإجراء كشف مستعجل " . مشار إلية في القضاة ، مفلح ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، مرجع سابق الذكر ، ص 96 .

[2] بذلك نصت المادة 2/176 من قانون الاصول . كما قررت محكمة تمييز الاردنية بأنه " يستفاد من المادة 2/176 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أن تبت المحكمة المختصة بالاستئناف في المواد المستعجلة بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن ، إلا أن المادة 3/191 من نفس القانون اجازت الطعن بالتمييز في الاحكام الأخرى أي التي لا تقبل الطعن بالتمييز متى كان الخصم يستند في طلبه إلى اذن من رئيس محكمة التمييز .... ولذلك فإن الاحكام الصادرة في المواد المستعجلة تقبل الطعن بطريق التمييز لأنها تعتبر مشمولة بعبارة (الأحكام الأخرى) متى كانت تستند الى القيد الوارد في هذه الفقرة وهو (الحصول على الأذن) " . قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 1998/92 تاريخ 1998/1/22 ، منشورات مركز عدالة .

مما تقدم يجد الباحث بان القواعد القانونية المتعلقة بنظام القضاء المستعجل ، تضمن جدية الآمر بطلبه المتضمن منع دفع المصرف قيمة الخطاب للمستفيد ، كما تضمن بذات الوقت المحافظة على حق المستفيد ، فاتح الطريق أمامه بالطعن على قرار المنع هذا ، ونجد أن نظام القضاء المستعجل اقام توازن بين الآمر والمستفيد ، فلا يتعسف الآمر بطلبه منع دفع قيمة الخطاب ومتى تعسف بذلك يكون للمستفيد من الطرق القانونية للوقاية من ذلك .

وعليه فإنه متى كان الآمر دائناً للمستفيد وكانت مطالبة هذا الأخير بقيمة الخطاب لا تقوم على أساس صحيح ، يمكن للآمر أن يتوصل إلى إيقاف سحب قيمة الخطاب متى تقدم بطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة مشفوعاً بالوقائع ومعززاً بالمستندات التي تؤيده، ويظهر ذلك خاصة في خطابات الضمان المشروطة ، التي من الممكن أن يعلق الوفاء في الخطاب على تحقق شرط أو أجل ، ويجب أن يكون هذا الشرط أو الأجل مرتبطاً بواقعة ترجع إلى المستفيد [1] ، كما ويعتبر هذا الإجراء رادعاً للمستفيد بعدم التقدم بمطالبته للمصرف دون أن يكون له حق مشروع فيه .

(1) المرجع سالف الذكر ، ص 137 والمستندات التي يعلق عليها وفاء الضمان كثيرة ، يجمعها أنها تحدد وترد في خطاب الضمان ، وأنها تقيم دليلاً على دين المدعي أو تجعل من الراجح ثبوته ، وهو الذي طلب تنفيذ الضمان وفاء له ويكون صادراً من الغير (كقرار تحكيم أو حكم محكمة صادر على الآمر ، أو محضر خبرة يقرر عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أو التأخير ، أو شهادة صادرة من مكتب خبرة ، أو من المستفيد نفسه كفاتورة قدمها ولم تدفع) ويجب أن تثبت أو تجعل من الراجح الدين المدعى به من قبل المستفيد : مثلاً كأصل العقد أو إقرار بعدم التنفيذ موثق من بنك ثالث أو من الغير ، أو إثبات لعدم تنفيذ المدين إلتزامه (كإنذار أو إعذار للآمر لم يعقبه التنفيذ) أو مستخلصات الأعمال . المرجع سالف الذكر ، ص 257 . " ويلاحظ أن اشتراط الخطاب على المستفيد لتسييله تقديم قرار تحكيم في موضوع العقد الأساس بينه وبين الآمر يفسد استقلال الخطاب ويربطه بعقد الأساس ويقلبه إلى كفالة تابعة للعقد الأساس " . جافلدا وستوفليه ، في مقالهما بالمجلة الفصلية 1980 ص 17 رقم 15 ، مشار إليه في المرجع سالف الذكر ، ص 257 .

المبحث الثاني

التطبيقات القضائية المقارنة عن الغش في خطاب الضمان

سيتعرض الباحث في هذا المبحث بالإشارة إلى بعض الاجتهادات القضائية المقارنة ، والتي تناولت في مضمونها متى توافر الغش في خطاب الضمان من عدمه ، والآثر المترتب على مطالبة المستفيد للمصرف بقيمة الخطاب ، بعدم دفع المصرف قيمة الخطاب متى كانت مشوبة بغش .

ولإستعراض الاجتهادات القضائية المقارنة من الأهمية ، وذلك للإطلاع على ما كرسه القضاء من اجتهادات حول مفهوم الغش المانع من الوفاء في الخطاب وتطبيقاته ، خاصة مع انعدام الأحكام القضائية الصادرة من القضاء الأردني ، والتي يعود السبب في ذلك إلى عدم قيام المشرع الأردني بتنظيم خطاب الضمان وتقنينه ضمن أحكام القانون التجاري .

ونعرض أولاً لما ذهب إليه الاجتهاد القضائي البلجيكي ، الذي قرر بأنه : يوجد غش في المطالبة المقدمة من قبل المستفيد ، متى تقدم المستفيد بطلب قيمة الضمان من المصرف على الرغم من تنفيذ الآمر جميع التزاماته في عقد الأساس ، " وذلك عندما أصدرت محكمة بروكسل التجارية قرارها الذي تضمن أنه : يوجد غش ، منذ اللحظة التي يتم فيها الدعوة لتقديم الكفالة، عندما يكون الامر قد تلقى نسخة من شهادة من المهندس المشرف لدى صاحب العمل، تشهد بأن الامر قد نفذ جميع التزاماته التعاقدية " [1].

---

note Vasseur504 .1982: D. 19_12_1980[1] T. com. Bruxelles réf.

وبين القرار السابق أنه عند قيام الآمر بتنفيذ جميع التزاماته في عقد الأساس مدعماً بتقديم مستندات تثبت ذلك ، لا يكون للمستفيد الحق في المطالبة بقيمة الخطاب للمصرف ، وأي مطالبة من قبل المستفيد تعتبر غشاً ، تبرر عدم استجابة المصرف لها باعتبارها قائمة على الغش .

كما قرر القضاء البلجيكي بأنه يوجد تعسف واضح من قبل المستفيد عند تقديم مطالبته بهدف تصحيح أخطاء حدثت وليس للآمر يد فيها ، أو طلب المستفيد قيمة الخطاب بناء على ما حدث من أخلال في عقد آخر غير عقد الأساس الذي نشأ الخطاب بسببه ، إذ قررت المحكمة التجارية في بروكسل في حكم لها بأنه " يوجد تعسف واضح عندما يكون تقديم الكفالة بهدف إعادة النظر في خطأ بعملية التحويل" [2] ، " أو عندما تكون الكفالة المقدمة تم أعطائها الى شركة خارجية ولا علاقة لها بالنزاع الواقع بين شركة أخرى والمستفيد من الكفالة فيما يخص عقد آخر" [3].

وقد أكد هذا القرار على أحد أهمية قيام الآمر ببذل العناية في صياغة بنود خطاب الضمان ، وذلك بالإشارة في الخطاب إلى عقد الأساس الذي صدر خطاب الضمان بمناسبته ، بحيث لا يطلب الوفاء به تأميناً لعملية أخرى قد تكون بين الآمر والمستفيد[1].

أما بالنسبة للقضاء الأمريكي فقد تعرض إلى الظروف المصاحبة لطلب المستفيد قيمة الخطاب والتي يمكن اعتبار أن فيها غش ، والتي يؤسس عليها القاضي قراره المتعلق بعدم دفع مقابل خطاب الضمان ، وذلك بقولها [2] " لكي يقوم أي قاض بحظر دفع خطاب الاعتماد الذي تم اعتباره مزور من قبل المنشئ ، من الضروري أن يظهر المنشئ : 1- أنه سوف يلحق ضرر لا يمكن إصلاحه إذا لم يتم قبول طلبه . 2- وأن الضرر أكبر من الضرر الذي سيحدث لمقدم

---

(2) T. com. Bruxelles réf. 15-4-1991: D. 1992.som.242. obs. Vasseur.

(3) T. com. Bruxelles 21-10-1986 : D. 1988.som.246. obs. Vasseur

(1) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق ، ص 131 .

(2) Foxboro Company v. Arabian American Oil Company Foxboro Company 805F 2d 34 (1986).

طلب الدفاع إذا تم الموافقة على طلبه . 3- أن الطلب المقدم من قبله من المرجح أن ينجح في موضوع الدعوى .4- وأن الأمر لا يؤثر على المصلحة العامة " .

أما في فنلندا فقد تعرض القضاء الفنلندي الى مسألة عدم تنفيذ المصرف لخطاب الضمان بسبب القوة القاهرة وجود القوة القاهرة ، إذ قررت المحكمة العليا في فنلند في حكم لها أنه " تكون الدعوة جائرة بشكل واضح عندما يتعلق الأمر بضمانة لا يمكن تنفيذها بسبب قوة قاهرة ، مثل تلك الأسباب التي سببتها الثورة الإسلامية في إيران " [3].

ويمكن القول بأن هذا القرار جسد مبدأ استقلال خطاب الضمان والتزام المصرف في ظله ، باعتبار التزام المصرف في الخطاب أصلي وليس تبعي كما هو الحال بالكفالة ، فصيغة الخطاب هي وحدها التي تحكم العلاقة بين المصرف والمستفيد . وهي التي يتم الرجوع إليها وحدها لمعرفة شروط تطبيقه ومحتوى التزام المصرف [1]، دون التفات المصرف إلى مركز الآمر أو النظر إلى عقد الأساس ومصيره .

كما صدر من القضاء الفرنسي العديد من الأحكام التي تناولت عدداً من المسائل التي تنتج عند تنفيذ خطاب الضمان ، وخاصة عند اقتران طلب المستفيد قيمة الخطاب من المصرف بغش ، حيث أكدت الغرفة التجارية لدى محكمة النقض الفرنسية بأنه يكون غش المستفيد واضحاً وظاهراً بقرارها الذي جاء فيه " لا بد أن يكون هنالك تحايل في طلب التنفيذ للمستفيد "[2]، " وليس مجرد خطر (شبهة) تحايل " [3] .

---

(3) Cour suprême Finlande 1992-10-25: D. 1995.som. 22 obs. Vasseur : à propos d'une contre-garantie mais transposable.

(1) عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان ، مرجع سابق ، ص 129 .

(2) Cass. com. 1990-12-18: RJDA 91/3 n° 239.

(3) Cass. com. 1991-2-5 : RJDA 91/6 n° 523.

كما صدرت عدة قرارات من محكمة النقض الفرنسية بينت فيه متى يكون هناك غش وتحايل في مطالبة المستفيد ، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية بأنه " إذا قام المستفيد بتقديم طلب التنفيذ (استخدم الكفالة) وهو يعلم بأنه ليس هناك ما هو مستحق " [4]، كذلك ما قالت به محكمة استئناف باريس في حكمها الذي جاء فيه " إذا كانت الأسباب التي ذكرها المستفيد من الكفالة لطلب تنفيذ الكفالة تستند بشكل واضح على حقيقة مغايرة ، بمعنى أنه تسليم الإمدادات قبل أيام قليلة من المدة المتفق عليها تعاقديا مع المستفيد–المشتري ، الذي دفع الثمن كاملا بواسطة خطاب اعتماد ، ولكن في محاولة للحصول على تخفيض 10٪ من الثمن ، وهو مبلغ مقابل الضمان ، قام بالإبلاغ عن تأخير في التسليم وهذا عكس ذلك بشكل واضح منافٍ للحقيقة " [1]، وكذلك في قرار آخر لمحكمة استئناف باريس الذي جاء فيه " عندما يقوم المستفيد من ضمان غير قابل للتحويل بالتوقيع لصالح البنك الذي يتعامل معه على رسالة مناشدة بخصوص هذا الضمان مقدماً "[2].

ونجد من القرارات الصادرة من المحاكم الفرنسية التي تم استعراضها ، بأن القضاء الفرنسي رسخ عدد من المبادىء التي تؤكد على وجود غش من المستفيد مانع من الوفاء ، حيث اشترط القضاء الفرنسي على أن يكون الغش واضحاً ومؤكداً ، كما وأشار إلى عدد من صور غش المستفيد في الخطاب ، كأن يطالب المستفيد بقيمة الخطاب وهو غير مستحق له ، مستخدم المستفيد عند مطالبته بسوء نية وسائل احتيالية ، ويستوي في تلك الوسائل الاحتيالية أن تكون قولية أو فعلية .

---

(4) Cass. com. 12-1-1993: RJDA 5/93 n° 432 ; CA Paris 21-9-1988 : D. 1989 .som. 158obs. Vasseur .

(1) CA Paris 18-11-1986: D. 1988.som.247 obs. Vasseur .

(2) CA Paris 23-9-1988: D. 1989.som 156 obs. Vasseur .

ومن قرارات القضاء الفرنسي التي بينت فيه عدم وجود تحايل أو غش من قبل المستفيد ، ما قررته محكمة استئناف باريس في قرار لها الذي جاء فيه " يتم اعتبار أن عملية الاحتيال لم تثبت عندما تكون الوقائع التي حددها المنشئ ليست نتيجة ولا دليل على تواطؤ البنك الليبي مع إدارة الجمارك الليبية التي طلبت الكفالة أو مع السلطات الأمنية [3] أو ببساطة لأن هناك وجود توتر بين دولتين "[4].

وبقرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية التي قررت فيه عدم وجود تعسف واضح من قبل المستفيد ، وذلك حكمها الذي جاء فيه " التعسف الواضح هو استثناء مميز عن التحايل لعرقلة تنفيذ الضمان ولا يغطي صفات الاحتيال " [1]، ويجد الباحث أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها هذا قد رسخت الفرق بين تعسف المستفيد والغش الصادر منه ، وذلك بأن جعلت المعيار في ذلك استخدام وسائل احتيالية ، والتي بالضرورة أن يرتبط الغش باستخدام وسائل احتيالية دون ان يرتبط التعسف بتلك الوسائل .

ومن قرارات القضاء الفرنسي التي قضت بوجود تعسف واضح بمطالبة المستفيد، قرار المحكمة التجارية في باريس الذي جاء فيه " عندما يتم الإخلال بالعقد الأساسي من قبل الطالب بسبب عدم تسلم (صدور) الضمان في الوقت المناسب وأن طرفاً ثالثاً قد بدأ بالمطالبة القانونية بملكية البضاعة المباعة " [2]، وكذلك قرارها الذي اعتبر هناك تعسف واضح بمطالبة المستفيد " عندما تكون دعوة الضمان مبنية على تعديل للكفالة (الضمان) لا يمكن الوفاء بها " [3].

[3] CA Paris 3-12-1984: D. 1985.IR. 240 obs. Vasseur .
[4] CA Paris 31-5-1988, deux arrêts : D. 1989.som.153 obs. Vasseur .
[1] Cass. com. 20-1-1987: Bull. civ. IV p. 13.
[2] T. com. Paris 15-3-1985: Banque 1985.524 .
[3] T. com. Nanterre 24-5-1991: D. 1992.som.243 obs. Vasseur.

وكذلك قضت محكمة استئناف باريس بوجود تعسف واضح بمطالبة المستفيد " عندما يكون المبلغ المستحق أعلى بكثير من قيمة الضمان "[4]، و " عندما يرفض المستفيد تنفيذ العقد " [5]، وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد أشار إلى بعض الحالات التي يمكن اعتبار مطالبة المستفيد فيها تعسف .

ومن القرارات الأخرى التي بيَن القضاء الفرنسي عدم وجود تعسف من قبل المستفيد ، عندما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يكون في دعوة الضمان تعسف ، في حكمها الذي جاء فيه " عندما يكون في رصيد المدين الموضوع كضمان فيه تعارض ويرجع ذلك إلى الإهمال الجسيم من موظفي بنك الطرف المستفيد الذي صرف شيكات مزورة " [1]، كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه " عندما تحد التأكيدات من تنفيذها لعدم الوفاء بشروط الضمان ، مثل تجاوز المبلغ وعدم دقة الشهادات التي يقدمها المستفيد ، فهذه الحالات غير صالحة لإثبات أن الضامن كان على بينة بواقع الاعتداء" [2]، وأيضاً ما قالت به محكمة البداية الكبرى في باريس بأنه لا يوجد تعسف من المستفيد ، وذلك في حكمها الذي جاء فيه " عندما يتعلق الأمر بسندات الأداء ، وإذا لم يتم تأسيس ذلك بيقين أن التنفيذ وقع "[3].

ومن القرارات التي لا يتمكن فيها القاضي الاستدلال على وجود تحايل أو تعسف واضح ، ما قالت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الذي جاء فيه " القضاة الذين يرفضون دعوة الضمان

---

(4) CA Paris 17-6-1987: D. 1988.som.245 obs. Vasseur .
(5) CA Paris 27-6-1988: D. 1989.som.151 obs. Vasseur ; CA Versailles 1-12-1988: D. 1989.som.155 obs. Vasseur .
(1) Cass. com. 28-11-1995: RJDA 2/96 n° 258 .
(2) Cass. com. 12-12-1995RJDA 3/96 n° 367 .
(3) TGI Paris 10-11-1987: D. 1988.som.246 obs. Vasseur .

على أساس أن العقد الذي تم تنفيذه لا يتصف بوجود تزوير أو تعسف واضح في الدعوة المتنازع عليها " [4].

كما أصدر القضاء السويسري قراراً قضائياً تحدث فيه عن التحايل الذي يَصدر من المستفيد ، وذلك متى تقدم المستفيد بطلب قيمة الخطاب من المصرف على الرغم من تنفيذ الآمر جميع التزاماته في عقد الأساس ، مما يبرر معه امتناع المصرف عن الوفاء استناداً إلى فكرة الغش ، فقد قررت محكمة العدل في جنيف بأنه " يوجد تحايل عندما يقوم المستفيد باستخدام الضمان في حين ان قرار المحكمة النهائي يلحظ أن المصدر قام بالوفاء بجميع التزاماته "[1].

وفي هذه الحالة يمكن القول أنه متى ما كان للآمر من الاسباب ما يجعله يعتقد أن المستفيد قبض قيمة الخطاب بوجه غير مشروع ، فإنه يسعى لاسترداد ما دفعه للمستفيد لا على أساس من الالتزامات التي أنشأها خطاب الضمان ، بل تأسيساً على أن المستفيد قبض مبلغاً بوجه غير محق وبلا سبب[2] وذلك أمام محكمة الموضوع المختصة ، ولا يخفى ما سيعترض هذه الدعوى من طول تقاضي للحصول على حكم موضوعي يتضمن الزام المستفيد برد ما قبضه بغير وجه حق إلى المدعي (الآمر) ، وهو بحد ذاته يلحق ضرراً بالمدعي نظراً لخروج هذا المبلغ من أصوله التي يستخدمها في تجارته ، بالرغم من إمكانية الحكم له بالفوائد القانونية .

وبهذا الصدد يرى الباحث أنه بإمكان المدعي (الآمر) أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب الغش الذي ارتكبه المستفيد .

---

(4) Cass. com. 7-6-1994: RJDA 12/94 n° 1348 .
حيث جاء النص على النحو التالي :
“Les juges qui rejettent l’appel de la garantie au motif que le contrat a été exécuté ne caractérisent pas ce faisant l’existence d’une fraude ou d’un abus manifeste de l’appel litigieux " .
(1) Cour de justice de Genève 29-9-1983: D. 1984.IR.93 obs. Vasseur .
(2) الكيلاني ، محمود ،عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 371 .

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً : الخاتمة :

هدفت الدراسة إلى التعرف على أثر الغش في التزام المصرف مُصَدر خطاب الضمان ، لما لخطابات الضمان من أهمية كوسيلة ائتمانية وأداة مصرفية تستخدم على نطاق واسع ، نتيجة للصعوبات التي تظهر عند تنفيذ خطاب الضمان ، من استغلال المستفيد لمزايا وخصائص الخطاب ومطالبته الوفاء بقيمة الخطاب على الرغم وفاء الآمر لالتزاماته في عقد الأساس .

وعدم قيام بعض التشريعات بتنظيم خطاب الضمان في قواعد قانونية تحكمه ، وتم ملاحظة أن المشرع الأردني لم يقم بتنظيم خطاب الضمان ضمن أحكام قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 ، حيث أحال المشرع الأردني إلى القواعد العامة في القانون الأردني ، وضرورة قيام تلك التشريعات – ومنها التشريع الأردني – بإجراء اصلاحات تشريعية تهدف إلى بيان التزامات الأطراف في الخطاب ، تتضمن بياناً لمفهوم الغش المانع من الوفاء وشروطه ، والحالات التي يمكن القول وجود غش من المستفيد فيها .

وقد قام الباحث في هذه الدراسة ، بالبحث في مفهوم الغش المانع من الوفاء في الخطاب ، والشروط التي يترتب على تحققها القول بوجود غش ، وخلص الباحث إلى أن هناك اتجاهين في بيان مفهوم الغش ، الاتجاه الأول الذي توسع بمفهوم الغش، والذي أخذ بجواز الاحتجاج بالتعسف الظاهر بمواجهة المستفيد والامتناع عن الوفاء له ، دون ان يقترن استخدام المستفيد بطرق احتيالية

بمطالبته ، بخلاف ما اتجه إليه الرأي الآخر الذي ذهب إلى اقتصار مفهوم الغش بأن يكون ظاهراً واقترانه بوسائل احتيالية دون ذلك المصحوب بالتعسف .

وتبين من هذه الدراسة أن هناك من الوسائل التي يمكن للآمر أن يحمي نفسه من غش المستفيد ، ووسائل الحماية التي للآمر منها ما تكون قبل أبرامه لعقد الأساس ، بأن يختار التعامل مع طرف ذو سمعه طيبه ، ومن وسائل الحماية ما تكون عند أبرام عقد الأساس ، وذلك بالعناية في صياغة كل من بنود عقد الأساس وخطاب الضمان التي لها أثر كبير في الوقاية من الغش ، كما للتعاون بين الآمر والمصرف أثر كبير للحد من الغش في خطاب الضمان ، ويكون التعاون بتقديم المصرف النصح للآمر فيما يتعلق بعبارات الخطاب والمستندات الواجب على المستفيد تقديمها عند مطالبته بقيمة الخطاب .

وقد عرضت الدراسة أبرز التطبيقات القضائية المقارنة لمفهوم الغش وشروط تطبيقه عند إصدار قرار بمنع المصرف من الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد ، ومن خلال ذلك توصل الباحث إلى نتائج وتوصيات يعرضها تباعاً .

ثانياً : النتائج :

توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية :

1. التأكيد على طبيعة التزام المصرف في خطاب الضمان ، وأن التزام المصرف مستقل عن التزام العميل الآمر ، كما أنه التزام قطعي وفوري ، ويترتب على ذلك وجوب وفاء المصرف بقيمة الخطاب للمستفيد بمجرد الطلب ودون الرجوع للعميل الآمر ، وليس

للمصرف أن يمتنع عن الوفاء مستنداً الى دفوع مستمدة من عقد الأساس ، وهذا محل اجماع بين القضاء والفقه .

2. استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان يتراجع أمام الغش تأسيساً على قاعدة الغش يفسد كل شيء ، كما أن جميع النظم القانونية تجمع على أن " الغش يفسد كل شيء " ، الأمر الذي يمكن القول معه بأن الغش يشكل استثناءً على مبدأ الاستقلال في الخطاب ، الأمر الذي فرض علينا بيان مفهوم الغش المانع من الوفاء في الخطاب ، وذلك من خلال التطرق للتشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية وما قال به الفقه ، كما بينا الشروط الواجب توافرها والتي بدونها لا يمكن أن يرقى هذا الغش كمبرر للمصرف يمتنع بموجبه عن إجابة طلب المستفيد بتنفيذ خطاب الضمان ، وهذه الشروط تتمثل في أن يكون خطاب الضمان صحيحاً و ساري المفعول، وأن يكون الغش ظاهراً وثابتاً، وأن يصدر الغش ممن يحتج به عليه .

3. من خلال استعراض موقف القضاء والفقه من مفهوم الغش ، وعلى الرغم من اختلاف الآراء حول مفهوم الغش ، تبين وجود اتجاهين في تحديد مفهوم الغش المانع من الوفاء ، الاتجاه الأول المضيق لمفهوم الغش بحيث يقتصر على مجرد استعانة المستفيد بوسائل احتيالية ، والاتجاه الآخر موسع لمفهوم الغش بحيث يشمل كل حالة ينعدم فيها الأساس القانوني لطلب المستفيد .

4. إن الوسيلة القضائية التي يمكن للآمر استخدامها لكي يحمي نفسه من غش المستفيد في الخطاب ، فيحمي الآمر نفسه من هذا الغش باللجوء إلى القضاء المستعجل للحصول على قرار قضائي مؤقت بمنع المصرف من الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد .

5. كرس القضاء المقارن من اجتهادات حول بيان لمفهوم الغش وتطبيقاته وصوره ، حيث أكد البعض من تلك القرارات على مسألة أن يكون غش المستفيد الذي يبرر معه امتناع المصرف من الوفاء بقيمة الخطاب واضحاً ومؤكد ، وأشارت إلى عدد من صور غش المستفيد في الخطاب ، كأن يطالب المستفيد بقيمة الخطاب وهو غير مستحق له ، مستخدم المستفيد عند مطالبته بسوء نية وسائل احتيالية ، أو متى قام الآمر بتنفيذ جميع التزاماته في عقد الأساس مدعماً بتقديم مستندات تثبت ذلك ، وكذلك أيضاً متى كانت مطالبة المستفيد بقيمة الخطاب بناء على ما حدث من أخلال في عقد آخر غير عقد الأساس الذي نشأ الخطاب بسببه .

كما كرس البعض من تلك القرارات – كما فعل القضاء الأمريكي – المباديء التي يتوجب على الآمر اثباتها للقاضي كي يبني عليها هذا الأخير قراره بمنع المصرف من دفع قيمة الضمان ، كما بينت قرارات أخرى مسألة تحقق القوة القاهرة التي تجيز عدم تنفيذ الخطاب ، والتي جسدت من خلاله مبدأ استقلال خطاب الضمان والتزام المصرف في ظله ، باعتبار التزام المصرف في الخطاب أصلي وليس تبعي كما هو الحال بالكفالة .

ثالثاً : التوصيات :

أما فيما يتعلق بالتوصيات التي خلصنا إليها من خلال هذه الدراسة فتتمثل :

1. ضرورة قيام المشرع الأردني بتظيم خطاب الضمان وتقنينه ضمن أحكام قانون التجارة الأردني بما يتناسب وقواعد التجارة الداخلية والدولية .

2. لا بد أن يبرز المشرع الأردني خاصية الاستقلال في الخطاب ، باعتبار هذا المبدأ هو جوهر وروح الخطاب ، وذلك بالنص صراحة على عدم قدرة المصرف التمسك بمواجهة المستفيد باي دفع خارج الخطاب ، سواء كان ذلك لسبب يعود إلى علاقة المصرف بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد .

3. أن يشير المشرع الأردني إلى القواعد والاتفاقيات الدولية التي عملت على تنظيم خطاب الضمان ، وذلك أن يحيل أطراف الخطاب إلى تلك القواعد والاتفاقيات فيما لم يرد بشأنه قانون التجارة (بعد تعديله) .

4. أن يشير المشرع الأردني إلى الاستثناء الوحيد الذي يعطل تنفيذ الخطاب ، وهي حالة الغش الظاهر ، وأن يذكر المشرع الشروط الواجب توافرها للقول بوجود غش المانع من الوفاء .

رابعاً: قائمة المراجع والمصادر :

أولاً : الكتب :

1. أبو الوفا ، احمد (1979) ، **التعليق على نصوص قانون المرافعات** ، منشأة المعارف ، الاسكندرية .
2. أبو الوفا ، احمد (1989)، **نظرية الأحكام في قانون المرافعات** ، دون دار نشر .
3. البارودي ، علي (1977) ، **الأوراق التجارية والإفلاس** ، منشأة المعارف ، القاهرة .
4. البارودي ، علي (2001) ، **العقود وعمليات البنوك التجارية** ، جامعة الاسكندرية .
5. تناغو ، سمير عبد السيد (1986) ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف .
6. الجبر ، محمد حسن (1984) ، **العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية .**
7. جنكل ، محمد (2009) ، **العمليات البنكية غير المباشرة .**
8. حسني ، أحمد (1975) ، **قضاء النقض التجاري** ، منشأة المعارف ، الأسكندرية .
9. السنهوري ، عبد الرزاق (1970) ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية .
10. الشماع ، فائق (دون ذكر سنة النشر) ، **العمليات المصرفية** ، كلية الادارة والاقتصاد ، جامعة بغداد .
11. عبدالرحيم ، جمال عبدالخضر (دون ذكر سنة النشر) ، **خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات** ، اتحاد المصارف العربية ، بيروت ، لبنان .
12. علم الدين ، محي الدين أسماعيل (دون ذكر سنة النشر) ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، القاهرة .
13. محسن صالح ، عبدالرزاق (2014) ، **خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية** ، مكتبة صباح ، العراق ، بغداد .
14. عوض ، علي جمال الدين (2000) ، **خطابات الضمان المصرفية** ، دار النهضة العربية .
15. عوض ، علي جمال الدين (1989) ، **الاعتمادات المستندية** ، دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
16. عوض ، علي جمال الدين (1969) ، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية** ، دارالنهضة العربية .
17. غستان ، جاك (2008) ، **المطول في القانون المدني تكوين العقد** ، ط2 ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية ، بيروت .

18. فهيم ، تامر ريمون (2012) ، **ضمانات الائتمان المصرفي** ، دار النهضة العربية ، مصر، القاهرة .
19. الكيلاني ، محمود (2014) ، **الموسوعة التجارية والمصرفية** ، المجلد الرابع عمليات البنوك دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن .
20. الكيلاني ، محمود (1992) ، **الجوانب القانونية في عمليات البنوك** ، دارالجيب للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن .
21. العبدلي ، موفق علي (2010) ، **آثار خطاب الضمان** ، دار الشؤون الثقافية ، العراق ، بغداد .
22. القضاة ، مفلح (2013) ، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ط 2 .
23. طه ، مصطفى كمال (1973) ، **الموجز في القانون التجاري** ، منشأة المعارف ، الاسكندرية .
24. طه ، مصطفى كمال و البارودي ، علي (2001) ، **القانون التجاري** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت .
25. الوادي ، كامل (2001) ، **الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقوانين المنظمة لها** ، مطابع الدوحة الحديثة ، قطر ، الدوحة .

ثانياً : الرسائل والدوريات:

1. بضراني ، نجاة (1987) ، **الائتمان المصرفي بطريق التوقيع** ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة .
2. أبو صد ، عماد أحمد عيسى (1995) ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية .
3. أبو عياد ، شذى وليد (2010) ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك .
4. شحاته ، حياة (1989) ، **مخاطر الائتمان في البنوك التجارية** ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة .
5. خليل ، خليل فكتور (2004) ، **مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لأتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995**، أطروحة دكتوراة ، جامعة القاهرة .

6. دباس ، باسمة ، **شروط إتفاق التحكيم وآثارها** ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة .
7. الشماع ، فائق (1990)، **آثار وديعة النقود** ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، المجلد الرابع عشر ، العددان الأول والثاني .
8. عبده ، محمد مرسي (دون ذكر سنة النشر)، **التصدي للاحتيال المتعلق بالوثائق البحرية وفقاً للقانون البحري القطري والاتفاقيات الدولية** ، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية ، قطر.

ثالثاً : القوانين والنشرات:

1. قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966
2. القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976
3. قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (24) لسنة 1988
4. قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999
5. القانون التجاري الإمارتي رقم (37) لسنة 1992
6. قانون التجارة الكويتي رقم (68) الصادر سنة 1980
7. قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984
8. قانون التجارة البحريني رقم (7) لسنة 1987
9. لجنة الأونسترال لسنة 1995
10. القواعد الموحدة لخطاب الضمان تحت الطلب الصادرة من الغرفة التجارية الدولية بباريس "كتيب رقم 458 في عام 1992